

## Tilburg University

### De wijzigingen van de Successiewet gewikt en gewogen

van Vijfeijken, I.J.F.A.; van Bakel, M.M.J.F.; Gubbels, N.C.G.; Peters van Neijenhof, T.N.; Pijpers, Y.J.M.; Schuver-Bravenboer, M.

*Publication date:*  
2011

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

van Vijfeijken, I. J. F. A., van Bakel, M. M. J. F., Gubbels, N. C. G., Peters van Neijenhof, T. N., Pijpers, Y. J. M., & Schuver-Bravenboer, M. (Eds.) (2011). *De wijzigingen van de Successiewet gewikt en gewogen*. BDO.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



# DE WIJZIGINGEN VAN DE SUCCESSIEWET GEWIKT EN GEWOGEN

UNIVERSITEIT  VAN TILBURG

VOOR VRIJ ONDERNEMEN

 **BDO**



---

# DE WIJZIGINGEN VAN DE SUCCESSIEWET GEWIKT EN GEWOGEN



---

# DE WIJZIGINGEN VAN DE SUCCESSIEWET GEWIKT EN GEWOGEN

Door:

**M.M.F.J. van Bakel Bsc**

*Masterstudent Fiscale Economie aan de Universiteit van Tilburg*

**mr. N.C.G. Gubbels**

*Als docent verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg*

**mr. T.N. Peters van Neijenhof**

*Specialist Estate Planning bij Bureau Vaktechniek van BDO*

**mr. Y.J.M. Pijpers**

*Belastingadviseur/Estate Planner bij Witlox Van den Boomen Belastingadviseurs B.V.  
en als docent verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg*

**dr. M. Schuwer-Bravenboer**

*Manager bij Deloitte Belastingadviseurs B.V. en als wetenschappelijk  
onderzoeker verbonden aan de Universiteit Leiden*

**prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken (eindredactie)**

*Als hoogleraar belastingrecht verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg,  
wetenschappelijk adviseur van Pwc*

## **BDO Private Wealth Tax Fund**

Het BDO Private Wealth Tax Fund heeft tot doel onderzoek te verrichten en kennisoverdracht te bewerkstelligen op het terrein van de nationale en internationale fiscale aspecten aangaande privépersonen en hun vermogen in de breedste zin des woords te stimuleren. Het fonds is een joint venture van BDO Accountants & Adviseurs en de Universiteit van Tilburg.



---

Deze publicatie is zorgvuldig voorbereid, maar is in algemene bewoordingen gesteld en bevat alleen informatie van algemene aard. Deze publicatie bevat geen advies voor concrete situaties, zodat uitdrukkelijk wordt aangeraden niet zonder advies van een deskundige op basis van de informatie in deze publicatie te handelen of een besluit te nemen. Voor het verkrijgen van een advies dat is toegesneden op uw concrete situatie kunt u zich wenden tot BDO Accountants & Adviseurs of een van haar adviseurs. BDO Accountants & Adviseurs en haar adviseurs aanvaarden geen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van handelen of het nemen van besluiten op basis van de informatie in deze publicatie.

Niets uit deze uitgave mag worden veeleenvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op enige andere wijze, zonder voorafgaande toestemming van de uitgever.

Eerste druk, februari 2011

**BDO** is een op naam van Stichting BDO te Amsterdam geregistreerd merk.

In deze publicatie wordt **BDO** gebruikt ter aanduiding van de organisatie die onder de merknaam 'BDO' actief is op het gebied van de professionele dienstverlening (accountancy, belastingadvies en consultancy).

© 2011

ISBN 978-90-73412-99-6

---



# VOORWOORD

Het Fiscaal Instituut Tilburg (UvT) en BDO Accountants & Adviseurs zijn een samenwerkingsverband aangegaan in de vorm van het BDO Private Wealth Tax Fund. Dit Fonds heeft tot doel onderzoek te verrichten en kennisoverdracht te bewerkstelligen op het terrein van de nationale en internationale fiscale aspecten aangaande privépersonen en hun vermogen in de breedste zin des woords. Voorwerp van onderzoek in het jaar 2010 zijn, net als in 2009, de wijzigingen van de Successiewet. In 2010 is onderzocht of en in welke mate de wijzigingen in de (notariële) praktijk worden gewaardeerd en welke wijzigingen nog wenselijk worden geacht. Hiertoe is op 11 augustus 2010 een enquête uitgezet over deze wijzigingen. De enquête is uitgezet via het intranet van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) en via de e-mail onder relaties van BDO Accountants & Adviseurs. Van de resultaten van deze enquête wordt verslag gedaan door I.J.F.A. van Vijfeijken in de bijdrage *De wijzigingen van de Successiewet gewikt en gewogen*. Uit de enquête blijkt dat het ontbreken van overgangsrecht als een groot knelpunt wordt ervaren. M. Schuver-Bravenboer gaat hierop nader in, in haar bijdrage *Ontbrekend begunstigend overgangsrecht bij art. 10 SW beoordeeld*. Vervolgens gaat T.N. Peters van Neijenhof in haar bijdrage *Vruchtgebruik (eigen) woning: wat te doen?* in op de mogelijkheden voor de praktijk om de nadelige fiscale gevolgen van de wijziging van het regime van art. 10 Successiewet te mitigeren in het geval waarin in het verleden de gerechtigdheid tot een pand gesplitst is waardoor de ouders nu het vruchtgebruik bezitten en de kinderen de blote eigendom.

Een van de knelpunten die worden genoemd in de enquête, is de definitie van het begrip partner. Deze definitie is met ingang van 1 januari 2011 verder gestroomlijnd door de invoering van art. 5a AWR. N.C.G. Gubbels bespreekt in haar bijdrage *Het nieuwe (gecoördineerde) partnerbegrip in de inkomstenbelasting en Successiewet* deze wijziging en de gevolgen daarvan voor de inkomstenbelasting en de Successiewet.

Daarna wordt achtereenvolgens aan drie wijzigingen nadere aandacht besteed. M.M.F.J. van Bakel heeft voor het master keuzevak 'Fiscale aspecten van verervingen' een paper geschreven over de fiscale gevolgen van de wettelijke dertigdagenclausule en deze gevolgen vergeleken met de fiscale gevolgen van een testamentaire dertigdagenclausule. Dit paper heeft hij bewerkt tot een artikel getiteld: *De dertigdagenclausule in nader perspectief* dat in deze bundel is opgenomen. Vervolgens besteedt Y.J.M. Pijpers aandacht aan de schenkingsvrijstelling voor de schenkingen die dienen ter verwerving van de eigen woning. Deze vrijstelling, die met ingang van 1 januari 2010 is ingevoerd, is inmiddels uitgebreid. In haar bijdrage *De schenkingsvrijstelling eigen woning: schenking of lening?* bespreekt zij de voorwaarden voor de vrijstelling en de gevolgen van een dergelijke schenking voor de inkomstenbelasting. De schenking beïnvloedt de omvang van de aftrekbare eigenwoningrente. Zij vergelijkt de situatie dat de ouders een bedrag schenken aan hun kind ter verwerving van een pand met de situatie dat de ouders een bedrag rentedragend lenen aan hun kind.

De laatste bijdrage is eveneens van de hand van Y.J.M. Pijpers, getiteld *De reikwijdte van HR 25 juni 2010, BNB 2010/274 onder de nieuwe Successiewet 1956*. Met ingang van 1 januari 2010 heeft de wetgever de fiscale gevolgen van een renteovereenkomst uitputtend willen regelen in art. 1, derde en vierde lid Successiewet. Op 25 juni 2010 heeft de Hoge Raad echter een arrest gewezen, waardoor onzekerheid is ontstaan over de reikwijdte van de nieuwe regeling. Pijpers gaat hier in haar bijdrage nader op in.

**I.J.F.A. van Vijfeijken**





# INHOUDSOPGAVE

<b>De wijzigingen van de Successiewet gewikt en gewogen .....</b>	<b>11</b>
■ <i>prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken</i>	
<b>Ontbrekend begunstigend overgangsrecht bij art. 10 SW beoordeeld .....</b>	<b>29</b>
■ <i>dr. M. Schuver-Bravenboer</i>	
<b>Vruchtgebruik (eigen) woning: wat te doen? .....</b>	<b>35</b>
■ <i>mr. T.N. Peters van Neijenhof</i>	
<b>Het nieuwe (gecoördineerde) partnerbegrip in de inkomstenbelasting en Successiewet .....</b>	<b>41</b>
■ <i>mr. N.C.G. Gubbels</i>	
<b>De dertigdagenclausule in nader perspectief .....</b>	<b>50</b>
■ <i>M.M.F.J. van Bakel Bsc</i>	
<b>De schenkingsvrijstelling eigen woning: schenking of lening? .....</b>	<b>57</b>
■ <i>mr. Y.J.M. Pijpers</i>	
<b>De reikwijdte van HR 25 juni 2010, BNB 2010/274 onder de nieuwe Successiewet 1956 .....</b>	<b>65</b>
■ <i>mr. Y.J.M. Pijpers</i>	
<b>Over... ..</b>	<b>71</b>
■ <i>Universiteit van Tilburg</i>	
■ <i>BDO</i>	

# DE WIJZIGINGEN VAN DE SUCCESSIEWET GEWIKT EN GEWOGEN

prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

## 1 Inleiding

Met ingang van 1 januari 2010 is de Successiewet ingrijpend gewijzigd. Op 11 augustus 2010 is een enquête uitgezet over deze wijziging. De enquête is uitgezet via het intranet van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) en via de e-mail onder relaties van BDO Accountants & Adviseurs. Op 30 augustus is een herinnering geplaatst op het intranet van de KNB en zijn de relaties van BDO Accountants & Adviseurs via de e-mail herinnerd. Op 15 september 2010 is de enquête gesloten. De enquête bestaat uit 13 vragen en 150 personen hebben de enquête ingevuld. De respondenten bestonden voor 98,6% uit notarissen en kandidaat-notarissen en voor 1,4% uit notarieel juristen. In deze bijdrage worden de resultaten besproken.

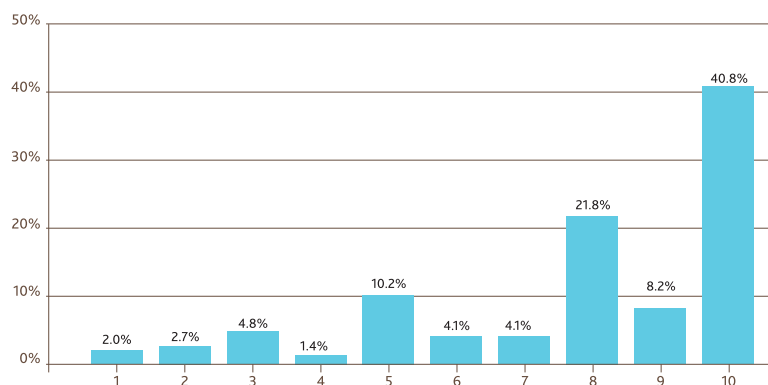
## 2 De beoordeling van de wijzigingen in het licht van een redelijke belastingheffing

### 2.1 Inleiding

De eerste categorie vragen betreft de beoordeling van de wijziging in het licht van een redelijke belastingheffing. Opvallend in de beantwoording is dat alle wijzigingen die een verlichting in de heffing tot gevolg hebben als wenselijk worden beschouwd en alle wijzigingen die een verzwaring van de heffing voor belastingplichtige met zich meebrengen als onwenselijk worden beschouwd. Het begrip 'wenselijk' kan op verschillende manieren worden uitgelegd. Om te voorkomen dat 'wenselijk' wordt uitgelegd als 'wenselijk voor mijn cliënt' is aan de vraagstelling toegevoegd 'in het licht van een redelijke belastingheffing'. Gezien de beantwoording is het de vraag of de respondenten dit voldoende in het oog hebben gehad. Of, zoals één van de respondenten opmerkt aan het einde van de enquête: 'Ik vind de vragen 'in het kader van een redelijke belastingheffing' op zich juist, maar de vraag is of de geïnterviewde zich niet gemakkelijk laat vervallen tot wat voor zijn praktijk van belang is (en dus niet voor de overheid, maar voor de cliënt van groot belang is)'.

### 2.2 Verlaging derdentarief

De eerste vraag betreft de wenselijkheid van de verlaging van het derdentarief van 41-68% naar 30-40%.

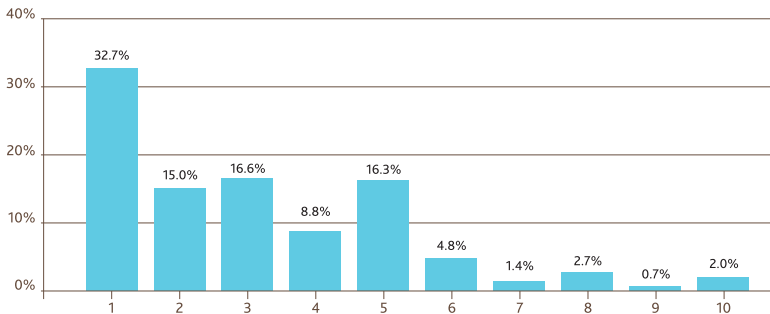


Grafiek 1 - Gemiddeld 7.9

Deze verlaging was de insteek van de wetgevingsoperatie en uit grafiek 1 volgt dat deze wijziging als zeer wenselijk wordt ervaren. Het is wel opvallend dat 21,1% van de ondervraagden deze wijziging niet wenselijk tot neutraal oordeelt (1 t/m 5).

### 2.3 Verhoging eerste schijf tariefgroep 1

De tweede vraag betreft de wijziging van tariefgroep 1. De eerste schijf loopt met ingang van 1 januari 2010 tot € 118.000 (2011: € 118.708) en het tarief hierover bedraagt 10%. Tot 1 januari 2010 werd deze verkrijging belast tegen resp. 5% (tot € 22.763), 8% (tot € 45.519), 12% (tot € 91.026) en 15%. Voor verkrijgingen tot ongeveer € 100.000 is de gemiddelde druk in de eerste tariefgroep met ingang van 1 januari 2010 toegenomen. Daar staat tegenover dat de vrijstelling van € 19.000, die met ingang van die datum geldt voor verkrijgingen krachtens erfrecht door kinderen, deze drukverzwaring neutraliseert. De vrijstelling voor de verkrijging krachtens schenking ad € 5.000 is echter niet verhoogd, zodat de belastingdruk op schenkingen tot ongeveer € 100.000 is toegenomen.

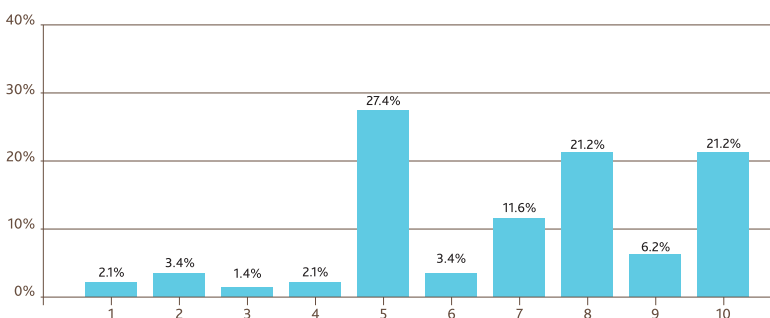


Grafiek 2- Gemiddeld 3.1

72,1% van de ondervraagden vindt de tariefsverhoging onwenselijk (1 t/m 4). Deze onwenselijkheid kan slechts betrekking hebben op schenkingen tot € 100.000. Voor de overige verkrijgingen is geen drukverzwaring opgetreden. Blijkbaar wordt het als onrechtvaardig ervaren dat kleinere schenkingen aan kinderen zwaarder worden belast.

### 2.4 Wettelijke dertigdagenclausule

Met ingang van 1 januari 2010 is in art. 53, vierde lid Successiewet bepaald dat de erfbelasting die van een verkrijger is geheven, wordt verminderd tot nihil, indien deze verkrijger binnen 30 dagen na de verkrijging overlijdt en tengevolge van dat overlijden nogmaals erfbelasting over dezelfde verkrijging wordt geheven. Dit lid strekt ertoe een verzachting te bieden in gevallen waarin kort na elkaar twee overlijdens plaatsvinden. Deze clause staat niet in de weg aan een testamentaire voorziening. Over de verhouding tussen beide clauses wordt verwezen naar de bijdrage van M.M.F.J. van Bakel, De dertigdagenclausule in nader perspectief.



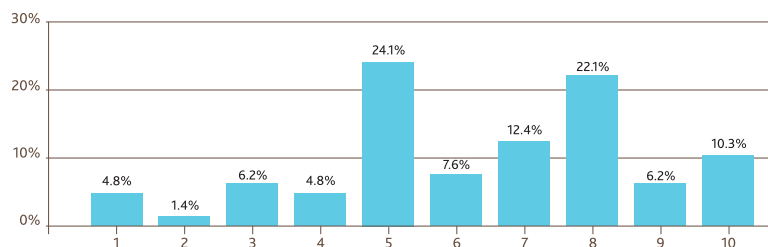
Grafiek 3 - Gemiddeld 7.0

Een klein gedeelte van de ondervraagden (9%) vindt deze wettelijke regeling ongewenst (1 t/m 4). De rest van de geënquêteerden staat neutraal tot positief tegenover deze wijziging. Er kan weinig bezwaar bestaan tegen deze regeling. Zoals ook blijkt uit de bijdrage van Van Bakel doet deze regeling niets af aan een testamentaire dertigdagenclausule en het verzacht dus enkel de dubbele heffing bij twee overlijdens kort na elkaar, indien daarvoor geen testamentaire voorziening is getroffen. Omdat dergelijke situatie (het binnen 30 dagen overlijden van een erfgenaam) zich in de praktijk niet vaak voordoet, is de urgentie van deze maatregel laag. Dat kan ook verklaren waarom bijna 30% neutraal tegenover deze wijziging staat.

## 2.5 Verhoogde schenkingsvrijstelling voor de aanschaf van een eigen woning

Met ingang van 1 januari 2010 bepaalt art. 33, onderdeel 5 Successiewet dat ouders aan hun kinderen in de leeftijd van 18 tot 35 jaar eenmalig maximaal € 50.000 vrij van schenkbelasting kunnen schenken, mits minimaal € 26.000 van dit bedrag wordt gebruikt voor de verwerving van de eigen woning als bedoeld in art. 3.111, eerste lid Wet IB 2001. In september 2010 is goedgekeurd dat deze vrijstelling ook geldt indien een eigen woning als bedoeld in art. 3.111, derde lid Wet IB 2001 wordt aangeschaft.<sup>1</sup> In de Fiscale Verzamelwet 2010 is de vrijstelling uitgebreid tot schenkingen die dienen voor de dekking van kosten voor verbetering of onderhoud van een eigen woning, afkoop van een recht van erfpacht, opstal, of beklemming, of de aflossing van een eigenwoningschuld.<sup>2</sup> Zie hierover nader de bijdrage van Y.J.M. Pijpers, De schenkingsvrijstelling eigen woning: schenking of lening?

De vraag of deze vrijstelling wenselijk is in het licht van een redelijke belastingheffing brengt mee dat een afweging gemaakt zou moeten worden tussen deze vrijstelling en alternatieven. De wetgever schat dat deze vrijstelling op de langere termijn een derving aan erfbelasting van € 50 miljoen met zich meebrengt.<sup>3</sup>



Grafiek 4 - Gemiddeld 6.3

Uit deze grafiek blijkt dat 17,2% deze vrijstelling onwenselijk vindt (1 t/m 4). 24,1% staat neutraal tegenover deze vrijstelling en 58,6% vindt deze vrijstelling wenselijk (6 t/m 10). Deze wenselijkheid kan worden verklaard in het licht van het amendement. Hoewel dit nergens in de parlementaire geschiedenis is geëxpliciteerd, mag ervan worden uitgegaan dat deze extra vrijstelling in het leven is geroepen om kinderen te helpen om de woningmarkt te betreden, waarbij overigens niet wordt geëist dat met de geschonken middelen ook een eerste eigen woning wordt verworven.

Het is daarom een instrumentele maatregel. Van instrumentele maatregelen mag men verwachten dat de wetgever expliciteert wat hij beoogt met die maatregel en hoe hij uiteindelijk gaat meten of de maatregel ook het beoogde doel bereikt. Het amendement, waarbij deze vrijstelling is ingevoerd, geeft echter geen enkel inzicht in de achterliggende gedachte van de wetgever.<sup>4</sup> Uit de enquête blijkt dat de schenking veel aandacht krijgt in de praktijk. Bij 75,2% van de geënquêteerden is er meer vraag naar schenkingen waarbij die verhoogde vrijstelling kan worden ingezet. Dit verbaast niet, omdat vrijstellingen in de regel een aanzuigende werking hebben. Indien ouders gebruik maken van deze schenking, heeft dit wel invloed op de fiscale positie van het kind. Zijn eigenwoningschuld wordt immers beperkt en zijn latente eigenwoningreserve neemt dienovereenkomstig toe. Zie hierover de bijdrage van Y.J.M. Pijpers.

## 2.6 Verhoogde schenkingsvrijstelling voor studie

Met ingang van 1 januari 2010 kent het hiervoor besproken art. 33, onderdeel 5 eveneens een eenmalige verhoging tot € 50.000, indien de schenking wordt gebruikt ter bekostiging van een studie van een kind. Dit is een merkwaardige vrijstelling. Indien ouders de studie van hun kind bekostigen zal veelal geen sprake zijn van een schenking omdat niet aan het element 'vrijgevigheid' wordt voldaan. In veel gevallen zal de betaling van studiekosten voortvloeien uit de verplichting van ouders om te voorzien in het levensonderhoud van hun kinderen, dan wel als een voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen worden beschouwd. Daarbij spelen de specifieke behoeften van het kind en de financiële positie van de ouders een rol. Tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer is opgemerkt dat alleen sprake is van een gift indien de kosten van studie of beroep aanzienlijk hoger zijn dan gebruikelijk. Hiervan is eerst sprake als deze kosten (exclusief de kosten voor levensonderhoud) ten minste € 20.000 per jaar bedragen.<sup>5</sup> Benadrukt zij dat indien de kosten daarboven uitgaan niet automatisch sprake is van een gift. Aan het vrijgevigheidsvereiste is veelal niet voldaan.

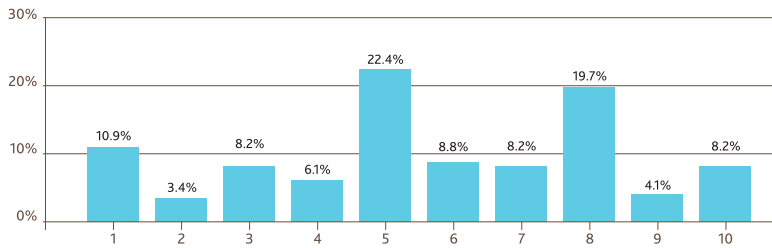
<sup>1</sup> Besluit van 15 september 2010, VN 2010/50.24.

<sup>2</sup> Wetsvoorstel 32 401.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 6.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 82.

<sup>5</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, nr. D, p. 15.

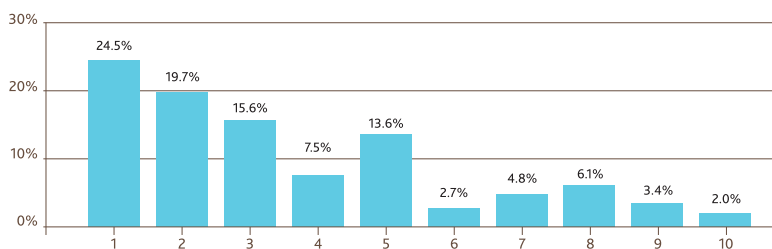


Grafiek 5 - Gemiddeld 5.7

Uit deze grafiek blijkt dat 49% deze vrijstelling wenselijk acht (6 t/m 10). 22,4% staat neutraal tegenover deze wijziging, terwijl 28,6% deze wijziging niet wenselijk vindt (1 t/m 4). Gegeven de omstandigheid dat een vergoeding van de studiekosten van een kind slechts zelden als een schenking kan worden aangemerkt, is het verrassend dat 49% van de ondervraagden de introductie van deze vrijstelling wenselijk vindt.

## 2.7 Direct opeisbare lening is een schenking van rente

Met de totstandkoming van art. 15 Successiewet is het niet langer mogelijk om renteloos te lenen zonder gevolgen voor de schenkbelasting. In HR 26 februari 1986, BNB 1986/162 is geoordeeld dat het verstrekken van een renteloze direct opeisbare lening geen schenking van de niet bedongen rente inhoudt. Moltmaker heeft zich destijds, in zijn conclusie bij dit arrest, op het standpunt gesteld dat in zo'n geval de niet bedongen rente van dag tot dag wordt geschonken. De Hoge Raad oordeelde echter anders. In zijn rapport 'De warme, de koude en de dode hand' heeft Moltmaker zijn voorstel herhaald<sup>6</sup> en met ingang van 1 januari 2010 is dit voorstel uiteindelijk tot wet verheven. Door de geënquêteerden is deze wijziging als (zeer) onwenselijk geoordeeld.



Grafiek 6 - Gemiddeld 3.6

Maar liefst 67,3% vindt deze wijziging onwenselijk (1 t/m 4). 13,6% staat neutraal tegenover deze wijziging en 19% is van oordeel dat deze wijziging wel wenselijk is (6 t/m 10). Deze uitkomst lijkt erop te duiden dat de respondenten vooral naar het belang van hun cliënten hebben gekeken bij de beantwoording van (in ieder geval) deze vraag. Het is immers niet in overeenstemming met de rechtsgelijkheid dat de verstrekking van een renteloze lening die eerst na een aantal jaren opeisbaar is een schenking van de rente inhoudt, terwijl de verstrekking van een direct opeisbare lening die feitelijk niet direct wordt opgeëist geen schenking van de rente inhoudt. De crediteur verrijkt in beide gevallen met de niet betaalde rente. Overigens lijkt de praktijk wel doordrongen te zijn van de wijziging. 52,4% van de respondenten geeft aan dat er vraag is naar wijziging van een direct opeisbare lening. Overigens is de wettelijke regeling nog niet helemaal consistent. Alleen als de lening te allen tijde opeisbaar is, dient de schuldenaar op grond van het bepaalde in art. 15 Successiewet 6% rente per jaar te vergoeden om een schenking buiten de deur te houden. Is de lening niet direct opeisbaar, dan kan worden volstaan met de vergoeding van de marktrente. De hoogte van de marktrente dient naar mijn mening te worden bepaald vanuit de schuldeiser (ervan uitgaande dat de schuldeiser verarmt met de rente die hij had kunnen krijgen als hij het geld op een spaarrekening had gezet).<sup>7</sup> Wordt minder vergoed dan de marktrente, dan is sprake van een gift. Voor de omvang van de gift is de looptijd van de lening van belang. Is de looptijd langer dan een jaar, dan wordt de gift gesteld op 6% per jaar.<sup>8</sup> Is de looptijd niet langer dan een jaar, dan is de gift gelijk aan de marktrente.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving, 13 maart 2000, p. 65.

<sup>7</sup> Waarbij de hoogte van de rente mede wordt bepaald door de goedgeheid van de debiteur en de zekerheden van de crediteur. Dat de rente die de schuldenaar aan een bank had moeten betalen in dat geval hoger is dan de rente die hij aan zijn ouder moet betalen, doet hieraan niet af. Er is immers slechts sprake van een gift voor zover er een verarming en verrijking optreedt. Zie J.W. Zwemmer, *Schenking* (1995), p. 19 en R.T.G. Verstraaten en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Successiebelastingen* (Cursus Belastingrecht), onderdeel 1.2.0.B.c.

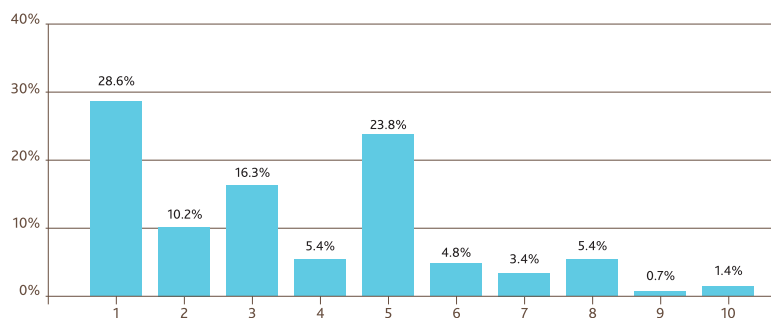
<sup>8</sup> Dit bedrag wordt vervolgens gekapitaliseerd volgens de tabellen in het uitvoeringsbesluit Successiewet. Zie HR 20 mei 1981, BNB 1981/198.

<sup>9</sup> Zie HR 25 juni 1986, BNB 1986/289, waarin is bepaald dat de bevoordeling bestaat uit het verschil tussen de nominale waarde en de contante waarde van de lening ten tijde van het aangaan van de lening. Zie over deze problematiek uitgebreider R.T.G. Verstraaten en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Successiebelastingen* (Cursus Belastingrecht) onderdeel 1.2.0.H. Zie ook T.N. Peters van Neijenhof, Een drietal nieuwe rentebepalingen in de Successiewet 1956, *WPNR* (2010) 6837.

## 2.8 Gesplitste aankoop valt onder art. 10 Successiewet

Met ingang van 1 januari 2010 is art. 10 Successiewet aangepast. Tot 1 januari 2010 viel de gesplitste aankoop niet onder art. 10 Successiewet omdat de ouders nooit de volle eigendom van het betreffende vermogensbestanddeel hebben gehad. Zij hebben slechts het vruchtgebruik van het vermogensbestanddeel verkregen. Binnen de ratio van art. 10 Successiewet is dit onjuist. Art. 10 Successiewet poogt immers te voorkomen dat een erflater tijdens zijn leven vererfbare eigendomsrechten omzet in niet-vererfbare genotsrechten. Indien de ouder dan het vruchtgebruik koopt van een vermogensbestanddeel waarvan het kind de blote eigendom bezit, wijkt deze figuur niet wezenlijk af van de figuur dat de ouder eerst de volle eigendom bezit en vervolgens de blote eigendom overdraagt aan het kind.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Zie hierover uitgebreider J.W. Zwemmer, *De fiscale gevolgen van de vervreemding van genotsrechten*, p. 112. Zie ook I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, (FM100) Deventer: Kluwer 2002, p. 150.



Grafiek 7 - Gemiddeld 3.5

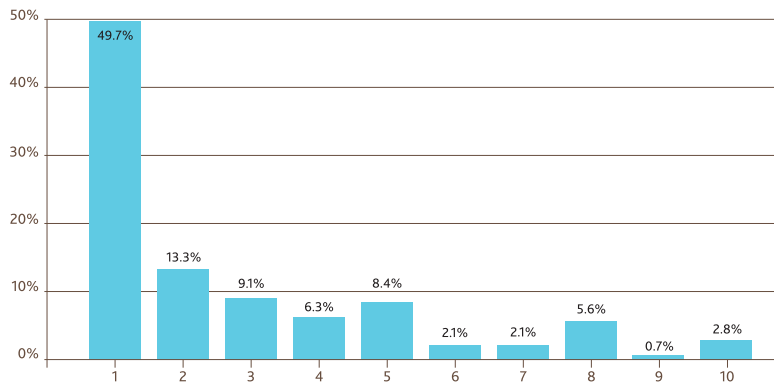
60,5% van de respondenten vindt het onwenselijk dat deze figuur onder de werking van art. 10 is gebracht (1 t/m 4). 23,8% staat neutraal tegenover deze wijziging en 15,7% vindt deze wijziging wenselijk (6 t/m 10). In het licht van doel en strekking van art. 10 is het begrijpelijk dat deze wijziging heeft plaatsgevonden. Dat deze wijziging desalniettemin door de meerderheid van de ondervraagden als onwenselijk wordt ervaren kan op twee manieren worden verklaard. Enerzijds kan hier het cliëntbelang een rol spelen. 44,2% van de respondenten heeft aangegeven dat er meer vraag is naar de fiscale gevolgen van gesplitste aankoop, wat erop lijkt te duiden dat veel belastingplichtigen, die in het verleden een pand gesplitst hebben aangekocht zich tot de notaris wenden om te bezien wat de fiscale gevolgen en mogelijkheden zijn. Zie hierover de bijdrage van T.N. Peters van Neijenhof, *Vruchtgebruik (eigen) woning: wat te doen?* Anderzijds kan het ontbreken van overgangsrecht een belangrijke factor zijn. In het verleden is vaak geadviseerd om een pand gesplitst aan te kopen, met het oog op de vermindering van erfbelasting over het pand. Bestaande rechtsverhoudingen vallen met ingang van 1 januari 2010 ineens binnen de reikwijdte van art. 10. Als de ouder overlijdt wordt het pand alsnog geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen. Zie de bijdrage van M. Schuwer-Bravenboer, *Ontbrekend begunstigd overgangsrecht bij art. 10 SW beoordeeld*, voor de vraag of het ontbreken van overgangsrecht in dit geval al dan niet gerechtvaardigd is.

## 2.9 Intrekking van resolutie BNB 1965/96

Bij resolutie van 30 november 1964, BNB 1965/96 was goedgekeurd dat als een pand fictief krachtens erfrecht werd verkregen op grond van art. 10, voor de waarde van dat pand mocht worden uitgegaan van de waarde ten tijde van de rechtshandeling. In de literatuur is op diverse plaatsen betoogd dat dit besluit leidde tot een schending van het gelijkheidsbeginsel.<sup>11</sup> Dit besluit is met ingang van 1 januari 2010 ingetrokken. Deze intrekking ontmoet weinig begrip in de notariële praktijk.

<sup>11</sup> Zie J.K. Moltmaker, *De ficties in de wetgeving betreffende de belastingen wegens nalatenschappen en schenkingen van de E.E.G.-staten en Engeland*, p. 150-151. Zie ook I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, (FM100) Deventer: Kluwer 2002, p. 111.



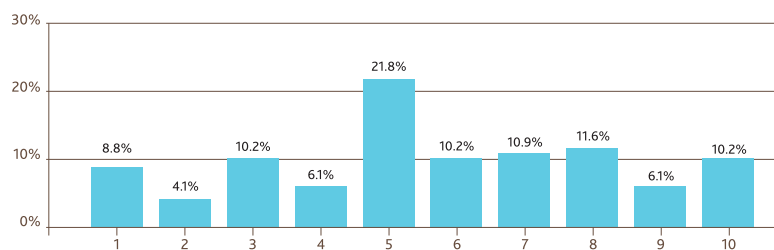


Grafiek 8 - Gemiddeld 2.8

Maar liefst 49,7% van de ondervraagden vindt de intrekking van de resolutie zeer onwenselijk (1). Vanuit de rechtsgelijkheid is de intrekking van de resolutie begrijpelijk. Als deze tegemoetkoming wordt gegeven voor onroerende zaken, waarom dan niet voor overige vermogensbestanddelen? Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat ook hier het ontbreken van overgangsrecht een belangrijke rol heeft gespeeld in de waardering van deze maatregel. Zie de bijdrage van M. Schuver-Bravenboer, Ontbrekend begunstigd overgangsrecht bij art. 10 SW beoordeeld, voor de vraag of het ontbreken van overgangsrecht in dit geval al dan niet gerechtvaardigd is.

### 2.10 Het turbotestament en ik-opa-testament vallen onder art. 10 Successiewet

Dat het turbotestament onder de werking van art. 10 Successiewet valt, wordt niet veroorzaakt door de wijziging van art. 10 Successiewet, maar door de interpretatie die de Hoge Raad in zijn arrest van 19 juni 2009, BNB 2009/224 aan het begrip rechtshandeling heeft gegeven. Het ik-opa-testament ligt nog ter beoordeling bij de Hoge Raad. De wetgever gaat er mijns inziens terecht van uit dat deze making ook onder de reikwijdte van art. 10 Successiewet valt.



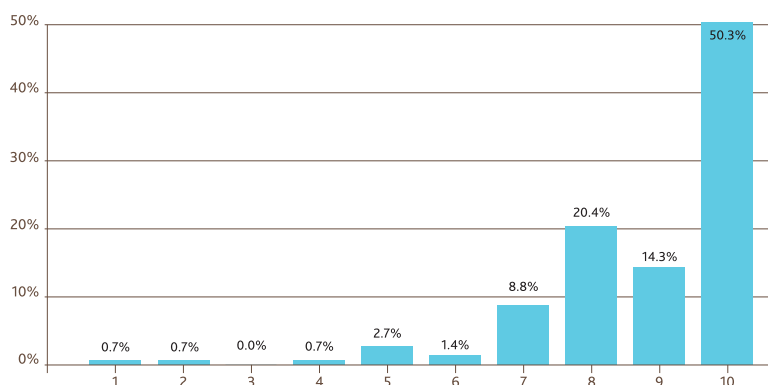
Grafiek 9 - Gemiddeld 5.7

Deze wijziging (of beter gezegd: interpretatie) van art. 10 Successiewet wordt door 49% van de ondervraagden als wenselijk beoordeeld (6 t/m 10). 21,8% staat hier neutraal tegenover en een minderheid (29,2%) vindt deze wijziging/interpretatie onwenselijk (1 t/m 4). Deze testamentvormen dienen geen ander doel dan belastingbesparing, zonder dat de langstlevende (of het kind ingeval van een ik-opa-testament) tijdens leven daarvan hinder ondervindt. Wat onwenselijk is aan deze interpretatie in het licht van een rechtvaardige heffing is dan ook niet duidelijk. Ook hier kan de onwenselijkheid van de wijziging/interpretatie zijn ingegeven door het ontbreken van overgangsrecht. Turbotestamenten die reeds zijn opgevallend worden niet van de werking van art. 10 Successiewet uitgezonderd. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat van meet af aan onduidelijkheid heeft bestaan over de interpretatie van het begrip rechtshandeling. Een voor de belastingplichtige onwelgevallige interpretatie van de Hoge Raad is dan geen reden om overgangsrecht in het leven te roepen. Zie hierover ook de bijdrage van M. Schuver-Bravenboer, Ontbrekend begunstigd overgangsrecht bij art. 10 SW beoordeeld.

### 2.11 Flexibele rente wordt fiscaal gevolgd

Met ingang van 1 januari 2010 heeft de wetgever beoogd duidelijkheid te scheppen in deze materie. Indien het testament een renteaanpassing mogelijk maakt of als sprake is van een wettelijke verdeling zonder vastgezette rente, wordt de aanpassing gevolgd mits deze binnen de aangiftetermijn wordt vastgesteld. In HR 25 juni 2010, BNB 2010/274 is onder de wetgeving

zoals deze luidde tot 1 januari 2010 geoordeeld dat onder omstandigheden ook een afwijking van een testamentaire rente wordt gevolgd. De wettekst heeft op dit onderdeel geen wijziging ondergaan, zodat de vraag zich voordoet of ingeval van een testament waarin een wettelijke verdeling is opgenomen, een afwijking van de testamentaire rente ook nog met ingang van 1 januari 2010 wordt gevolgd voor de berekening van de verschuldigde erfbelasting. Voor de betekenis van dit arrest verwijs ik naar de bijdrage van Y.J.M. Pijpers, De reikwijdte van HR 25 juni 2010, BNB 2010/274 onder de nieuwe Successiewet 1956.

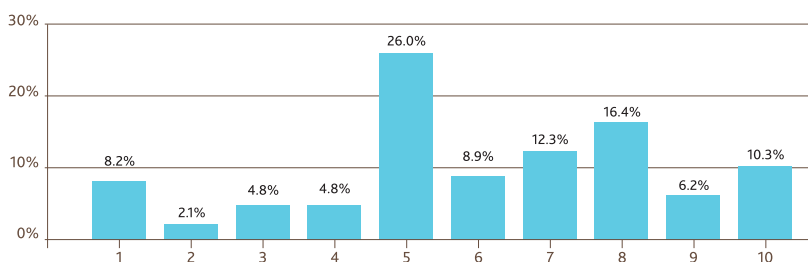


Grafiek 10 - Gemiddeld 8.8

Uit deze grafiek volgt dat deze wetswijziging door 88% van de ondervraagden wordt gewaardeerd (6 t/m 10), waarvan 50,3% van de respondenten deze wijziging zelfs zeer wenselijk vindt. Slechts 2,1% vindt deze wijziging onwenselijk (1 t/m 4). De rechtszekerheid is zeker gediend met deze wijziging. Zoals hiervoor gezegd heeft een nieuwe onzekerheid zich inmiddels echter weer aangediend.

## 2.12 Hogere testamentaire rente dan 6% wordt fiscaal genegeerd

Met ingang van 1 januari 2010 bevat art. 9 Successiewet een voorziening voor de situatie dat een geldvordering die is ontstaan krachtens erfrecht, een hogere rente draagt dan de rente bedoeld in art. 21, dertiende lid Successiewet (6%). De vordering wordt op niet meer dan de nominale waarde gewaardeerd. En bij het overlijden van de langstlevende wordt een oprenting van maximaal 6% samengesteld in aanmerking genomen.



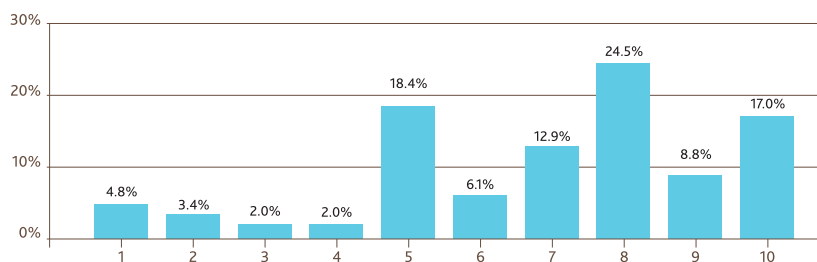
Grafiek 11 - Gemiddeld 6.1

54,1% van de respondenten vindt deze wijziging wenselijk (6 t/m 10). 26% staat neutraal tegenover deze wijziging en slechts 19,9% vindt deze wijziging onwenselijk (1 t/m 4). De notariële praktijk was bij mijn weten vanuit civielrechtelijk oogpunt al nooit zo geporteerd van een hogere rente dan 6% samengesteld. Temeer omdat de fiscale gevolgen van een hogere rente onduidelijk waren. Door het bepaalde in art. 9 Successiewet is een einde gemaakt aan de discussie over de vraag hoe hoog de bij te schrijven rente mag zijn en wat de gevolgen zijn indien bijvoorbeeld 15% samengestelde rente wordt bijgeschreven op een onderbedelingsvordering of legaat-tegen-inbreng-vordering.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Zie hierover T.N. Peters van Neijenhof, Een drietal nieuwe rentebepalingen in de Successiewet 1956, *WPNR* (2010) 6837. Zie ook R.T.G. Verstraaten en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Successiebelastingen* (Cursus Belastingrecht), onderdeel 1.11.0.

### 2.13 Verhoging bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Met ingang van 1 januari 2010 is de vrijstelling voor de verkrijging van bedrijfsvermogen verder uitgebreid.



Grafiek 12 - Gemiddeld 6.9

De verhoging wordt door 69,3% als wenselijk ervaren. (6 t/m 10) 18,4% staat neutraal tegenover deze wijziging. 12,2% acht deze verruiming van de vrijstelling onwenselijk (1 t/m 4). Deze uitkomst lijkt ingegeven door beeldvorming dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt zodra de onderneming (of een deel daarvan) krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen.<sup>13</sup> De Raad van State heeft in zijn advies bij wetsvoorstel 31 930 opgemerkt dat het nagenoeg geheel onbelast laten van ondernemingsvermogen niet is te verklaren door de continuïteitsbedreiging die zou uitgaan van de onttrekking van de benodigde liquide middelen aan het ondernemingsvermogen.<sup>14</sup> Indien een onderneming ter waarde van € 1.000.000 overgaat hoeft een verkrijger krachtens erfrecht of schenking slechts € 200.000<sup>15</sup> te financieren terwijl een koper € 1.000.000 moet financieren. Als deze financieringslast van € 200.000 niet kan worden opgebracht uit het ondernemingsvermogen kan men zich afvragen of die onderneming wel € 1.000.000 waard is.<sup>16</sup> De Raad van State berekent dat bij de vrijstelling zoals die gold tot 1 januari 2010 slechts 3,5% aan erfbelasting was verschuldigd over het verkregen ondernemingsvermogen. Een verdere verruiming van de faciliteit kan dan niet gerechtvaardigd worden met de stelling dat deze 3,5% heffing een reële bedreiging vormt van de continuïteit van de onderneming. Na de wijzigingen in de Successiewet kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zelfs worden verkregen indien een (middellijk) belang van 0,5% vererft.<sup>17</sup> Hoe een heffing van 3,5% over 0,5% de continuïteit van de onderliggende onderneming in gevaar kan brengen is een raadsel. De faciliteiten kosten de schatkist jaarlijks 185 miljoen euro.<sup>18</sup> Er is sprake van een zogenaamde belastinguitgave. Dit is een tegemoetkoming in de fiscale wetgeving die daarin is opgenomen om een beleidsdoelstelling te verwezenlijken die de overheid ook via directe uitgaven kan nastreven.<sup>19</sup> Omdat elke belastinguitgave gepaard gaat met verlies aan belastingopbrengst, en dus ten koste van de overige belastingbetalers gaat, is het van belang dat nut en noodzaak van de betreffende belastinguitgave vaststaan. Daartoe worden belastinguitgaven periodiek geëvalueerd. In de Miljoenennota 2010 is de periodieke evaluatie van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan de orde geweest en toegezegd is dat die zou gaan plaatsvinden. Op 22 juli 2010 heeft de minister van Financiën in een brief laten weten dat evaluatie van de faciliteiten echter niet kan plaatsvinden vanwege het ontbreken van de noodzakelijke gegevens om het gebruik, het voordeel en de kosten in kaart te brengen. Dit is een zorgelijke constatering. We geven elk jaar 185 miljoen euro aan verkrijgers van ondernemingsvermogen zonder dat er ook maar enig zicht is op nut en noodzaak. Waar de verdergaande vrijstellingen met ingang van 1 januari 2010 op zijn gebaseerd blijft dan ook onduidelijk.<sup>20</sup>

### 2.14 Invoering partnervrijstelling voor mantelzorger

Bloed- en aanverwanten in de rechte lijn kunnen het partnerregime vanaf 1 januari 2010 niet meer deelachtig worden. Dit is slechts anders indien deze bloedverwant een uitkering als bedoeld in art. 19a van de Wet maatschappelijke ondersteuning heeft genoten in verband met in het kalenderjaar voorafgaand aan het overlijden verleende zorg (art. 1a, zevende lid Successiewet). Het gaat hier over het zogenaamde mantelzorgcompliment. Indien een kind hiervoor in aanmerking komt, kan dit kind wel als partner van de ouder worden aangemerkt, mits aan alle overige voorwaarden is voldaan.<sup>21</sup> Dat betekent dat beiden gedurende minimaal zes maanden een gezamenlijke huishouding moeten hebben gevoerd, blijkend uit de gezamenlijke inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie. Tevens dient er een notarieel samenlevingscontract met zorgverplichting te zijn en telt alleen de periode vanaf de 18e verjaardag.

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 688, nr. 3, p. 2.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 4, p. 3.

<sup>15</sup> Ervan uitgaande dat er geen vrijstelling is en de verkregen onderneming geheel wordt belast in de 20%-schijf.

<sup>16</sup> Er kan een liquiditeitsprobleem ontstaan doordat het overlijden onverwacht plaatsvindt, waardoor er onvoldoende tijd is om de financiering van de erfbelasting te regelen. In dat geval volstaat een betalingsregeling. Zie hierover ook T. Blokland, *Herziening Successiewetgeving*, *FED* 2001/410, M.J. Hoogeveen *Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956 per 1 januari 2002*, *WPNR* (2002) 6485, L.G.M. Stevens *Hoe terecht is successierecht*, *MKB adviseur* 2008, nr. 8/9, J.P.M. Stubbé, *Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet*, *FBN* 2008/2, S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, *Contouren nieuwe bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting*: geen afstel, maar uitstel, *WFR* 2008/1113.

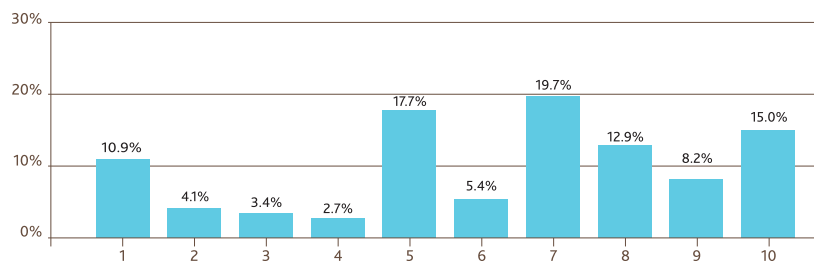
<sup>17</sup> Zie art. 35c, vijfde lid, onderdeel b Successiewet.

<sup>18</sup> Brief van 22 juli 2010 betreffende de evaluatie van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, ministerie van Financiën *AFP*/2010/0319U.

<sup>19</sup> Zie V. Halberstadt en C.A. de Kam, *Belastinguitgaven*, *WFR* 1976/885.

<sup>20</sup> In de parlementaire behandeling wordt slechts opgemerkt dat uit diverse maatschappelijke organisaties het signaal is gekomen dat de faciliteiten zoals deze tot 1 januari 2010 bestonden toch als belemmerend werden ervaren. Dit was blijkbaar voldoende om de faciliteiten verder te verruimen. Om welke maatschappelijke organisaties het gaat en wat die signalen dan precies inhielden wordt verder niet toegelicht. *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 930, nr. 9, p. 18.

<sup>21</sup> Dit geldt ook omgekeerd als een ouder een mantelzorgcompliment heeft ontvangen voor verleende zorg aan zijn kind.



Grafiek 13 - Gemiddeld 6.3

61,2% vindt deze vrijstelling wenselijk (6 t/m 10). 17,7% staat er neutraal tegenover en 21,1% vindt de vrijstelling onwenselijk (1 t/m 4). Uit een onderzoek van Motivaction, dat in mei 2003 is uitgevoerd in opdracht van de Belastingdienst/Centrum voor Proces- en Productontwikkeling<sup>22</sup>, blijkt een lage belastingdruk voor mantelzorgers niet de hoogste prioriteit te hebben onder burgers, ondernemers en notarissen. Op een score van maximaal 8 (laagste belastingdruk) en minimaal 0 (hoogste belastingdruk) schommelt de positie van de mantelzorger rond de 2.

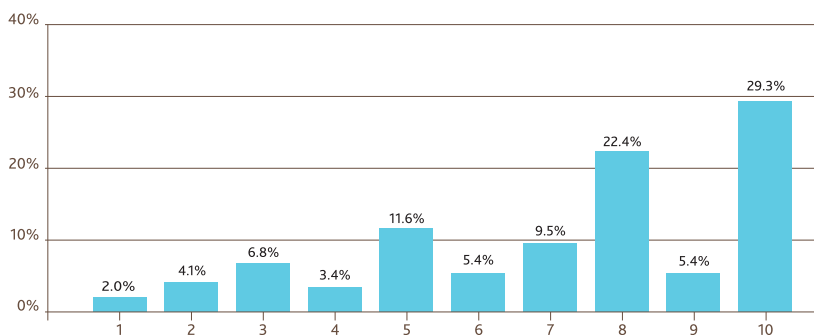
<sup>22</sup> R. van Ossenbruggen en K. de Rooij, *Maatschappelijke opvattingen over Successiebelasting*. Dit rapport is opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9*.

<sup>23</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Over kinderen, partners, tarieven en vrijstellingen*, *WPNR* (2010) 6831.

Zoals ik eerder heb beschreven, is de reikwijdte van deze vrijstelling zeer beperkt.<sup>23</sup> Zij geldt bijvoorbeeld niet indien een dochter voor het mantelzorgcompliment in aanmerking komt terwijl zij bij haar beide ouders inwoont. Ervan uitgaande dat de ouders zijn gehuwd, kan de dochter niet met een van hen een partnerschap vormen. Ook geldt de faciliteit niet voor het kind dat mantelzorg verleent en om de hoek bij de betreffende ouder woont. Er is dan immers geen sprake van een gezamenlijke huishouding. Verleent een schoonkind mantelzorg, dan wordt dit schoonkind op grond van art. 19, eerste lid Successiewet als bloedverwant aangemerkt en zou dus in beginsel voor het partnerregime in aanmerking komen, ware het niet dat het huwelijk met het eigen kind dit partnerschap verhindert. Partners binnen een huwelijk zijn immers altijd elkaars partners. Partnerschap met dit schoonkind is slechts mogelijk als het eigen kind is overleden. De aanverwantschap van het schoonkind blijft dan bestaan en op grond van art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet wordt dit kind dan nog steeds als een bloedverwant aangemerkt. Wordt de ouder opgenomen in een verpleeghuis, dan wordt de gezamenlijke huishouding verbroken en geldt niet langer het partnerregime. De uitzondering van art. 1a, achtste lid (m.i.v. 1 januari 2011, art. 5a, zevende lid AWR) is op dit partnerschap niet van toepassing.

### 2.15 Verlaging toptarief van tariefgroep I

Het toptarief van tariefgroep I bedroeg tot 1 januari 2010 27% en werd verschuldigd voor zover meer werd verkregen dan € 910.163. Over een verkrijging tussen € 364.073 en € 910.163 was 23% verschuldigd. Met ingang van 1 januari 2010 bedraagt het toptarief in tariefgroep I 20% en wordt verschuldigd voor zover de verkrijging groter is dan € 118.000.



Grafiek 14 - Gemiddeld 7.2

Ondanks het feit dat deze tariefsverlaging enkel ten goede komt aan kinderen en partners die een relatief grote nalatenschap of schenking verkrijgen is een grote meerderheid van de respondenten (72%) van mening dat deze drukvermindering wenselijk is (6 t/m 10). 11,6% staat neutraal tegenover deze wijziging en slechts 16,3% vindt deze wijziging onwenselijk (1 t/m 4). Uit het hiervoor in paragraaf 2.14 aangehaalde onderzoek van Motivaction, blijkt

dat zowel burgers als notarissen de meeste voorkeur geven aan de laagste erfbelasting voor de doelgroepen partner en kind. Het belangrijkste motief hierbij is het familiebelang. De appreciatie van de verlaging van het toptarief voor kinderen lijkt dit gevoel te bevestigen.

## 2.16 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de bepalingen die ten voordele van de belastingplichtige werken meer worden gewaardeerd dan de bepalingen die ten nadele van de belastingplichtige werken. Vanuit het 'cliëntbelang' is dat begrijpelijk. In het licht van een rechtvaardige heffing kunnen daar echter vraagtekens bij worden gezet. Aan het slot van dit onderdeel van de enquête is gevraagd welke van de genoemde wijzigingen het meest wenselijk zijn geweest. Hierbij was de mogelijkheid om een top drie op te stellen. Met stip op één staat de verlaging van het derdentarief. Daarna volgt de bepaling van art. 1, derde lid Successiewet waarin is bepaald in welke gevallen een renteafspraak fiscaal wordt gevolgd en op de derde plaats staat de verlaging van het toptarief van tariefgroep 1.

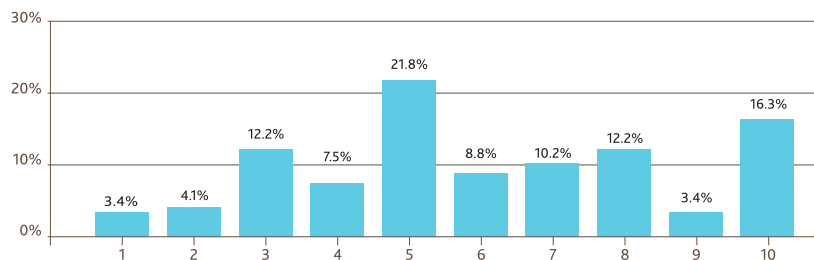
## 3 Wenselijke wijzigingen in het licht van een redelijke belastingheffing

### 3.1 Inleiding

In dit onderdeel van de enquête is van een aantal wijzigingen dat niet heeft plaatsgevonden, gevraagd of deze wijzigingen desalniettemin wenselijk zijn.

### 3.2 Afschaffing artikel 10 Successiewet

De eerste wijziging waarnaar wordt gevraagd, is de afschaffing van art. 10 Successiewet.



Grafiek 15 - Gemiddeld 6.0

21,8% van de respondenten staat hier neutraal tegenover. 50,9% vindt de afschaffing wenselijk (6 t/m 10) en 27,2% vindt afschaffing niet wenselijk (1 t/m 4). Als art. 10 Successiewet zou worden afgeschaft zou de mogelijkheid bestaan om het vermogen tijdens leven over te dragen aan de kinderen onder voorbehoud van een levenslang genotsrecht.

Zoals ik al diverse malen eerder heb betoogd past een bepaling als art. 10 Successiewet niet in een verkrijgersbelasting. De verkrijger heeft immers al de blote eigendom of een vordering<sup>24</sup>, waarvoor hij een koopsom heeft opgeofferd of waarover hij reeds schenk- of erfbelasting<sup>25</sup> heeft betaald. Vervolgens wordt die blote eigendom of de vordering jaarlijks in de vermogensrendementheffing betrokken (behoudens defiscalisering waarover zo meteen meer). Vanuit de verkrijger is er dus geen reden om nog eens te heffen als zijn blote eigendom volloopt tot volle eigendom. Het probleem schuilt naar mijn mening veel meer in het feit dat via deze figuur de ouder vermogen aan het kind kan overdragen tijdens zijn leven, zonder dat hij dat voelt in zijn feitelijke bestedingsruimte. Deze constatering brengt tevens mee dat het door het kind verkregen vermogen in de vorm van blote eigendom of een vordering, zijn bestedingsruimte niet vergroot. Het kind kan dat vermogen niet te gelde maken om daaruit de belasting te voldoen. Ik heb eerder betoogd dat de wetgever een keuze moet maken tussen de juridische en economische werkelijkheid.<sup>26</sup> Kiest hij voor de juridische werkelijkheid, dan leidt dat ertoe dat het kind wordt belast met erf- of schenkbelasting op het moment dat hij de blote eigendom of de vordering verkrijgt. De waardeaan groei wordt vervolgens forfaitair bij het kind belast in box 3, omdat deze waardeaan groei zich ook in zijn vermogen voordoet. Er bestaat dan geen reden om nog een keer te heffen op het moment dat de blote eigendom volloopt of de vordering wordt afgelost.

<sup>24</sup> Hierbij kan men denken aan een vordering die is ontstaan uit hoofde van een schuldig erkenning uit vrijgevigheid waarop feitelijk geen rente wordt vergoed, maar ook aan een vordering die is ontstaan als gevolg van een legaat tegen inbreng ten behoeve van de langstlevende partner, waarop feitelijk jaarlijks geen rente wordt vergoed.

<sup>25</sup> Dit doet zich voor als de vordering krachtens erfrecht is verkregen of als de blote eigendom krachtens een turbotestament is verkregen.

<sup>26</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie, *WFR* 2009/1231 en I.J.F.A. van Vijfeijken, De fictiebepalingen met ingang van 1 januari 2010, *WPNR* (2010) 6833.

**27** Denk aan de vervreemdings- en interings-bevoegdheid die hij zich kan voorbehouden op grond van art. 3:212, tweede lid en art. 3:215 BW.

De economische werkelijkheid strookt daarentegen niet met de juridische werkelijkheid. De ouder behoudt de beschikkingsmacht over het vermogen. Van de schuld aan het kind heeft hij geen last, doordat hij feitelijk geen rente hoeft te betalen en hij evenmin zekerheden hoeft te geven. Ingeval van de overdracht van blote eigendom kan de ouder zich als vruchtgebruiker zoveel rechten voorbehouden dat hij zich feitelijk als eigenaar kan gedragen.<sup>27</sup>

Een economische benaderingswijze brengt dan mee dat de blote eigendomsrechten en vorderingsrechten van het kind worden genegeerd en de ouder als volle eigenaar wordt beschouwd. De overdracht van de blote eigendom of het ontstaan van het vorderingsrecht wordt dan fiscaal genegeerd. Eerst als het kind de vordering krijgt afgelost of de blote eigendom aangroeit tot volle eigendom, krijgt het kind extra bestedingsruimte waarbij de belastingheffing aansluit. Dat betekent dat deze bezittingen ook dan pas tot het box-3-vermogen van het kind moeten worden gerekend. De ouder dient het vermogen aan te geven alsof hij de volle eigendom heeft en de schulden aan het kind niet bestaan.

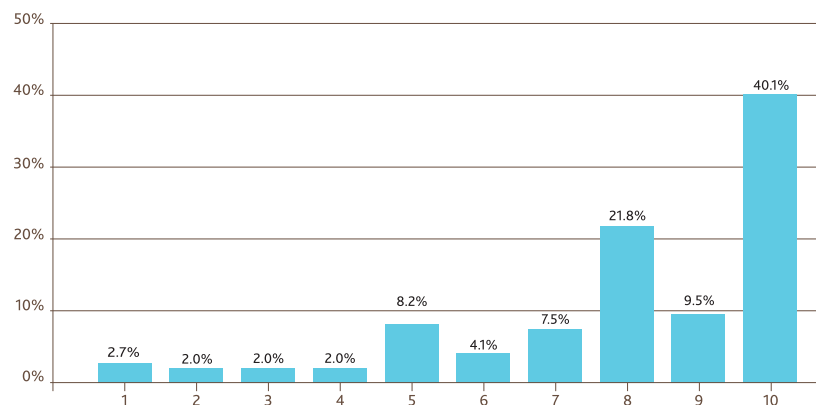
Nu hinkt de wetgever op twee gedachten. Enerzijds sluit hij aan bij de juridische werkelijkheid en wordt het kind voor de verkregen blote eigendom of vordering belast en anderzijds sluit hij aan bij de economische werkelijkheid en wordt het kind opnieuw belast op het moment dat zijn beschikkingsmacht daadwerkelijk toeneemt (door overlijden van de vruchtgebruiker of schuldenaar).

Een verdergaande defiscalisering, die blijkens de respondenten zeer gewenst is (zie paragraaf 3.3) kan leiden tot de afschaffing van art. 10 Successiewet. Dit zou de eenvoud ten goede komen. In de praktijk wordt art. 10 Successiewet als één van de grootste knelpunten van de Successiewet beschouwd.<sup>28</sup>

**28** Op de vraag of de wijzigingen van art. 10 goed kunnen worden nageleefd antwoordt 49,7% van de respondenten dat dit niet het geval. Bij de open vraag noemt ongeveer de helft van de respondenten de complexiteit van art. 10 als grootste knelpunt.

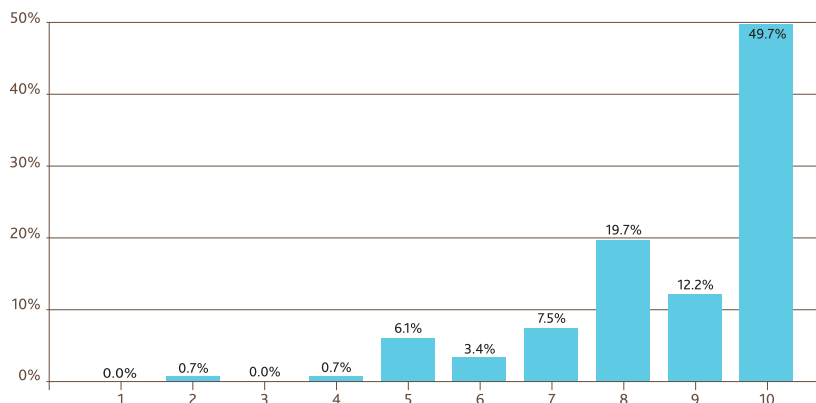
### 3.3 Defiscalisering in de inkomstenbelasting en Successiewet

In de enquête is gevraagd naar de wenselijkheid van defiscalisering van onderbedelingsvorderingen en –schulden en legaat tegen inbreng vorderingen en schulden in de Successiewet en de inkomstenbelasting.



Grafiek 16 - Defiscalisering in de Successiewet

83% van de ondervraagden is van mening dat defiscalisering in de Successiewet wenselijk is (6 t/m 10), waarvan zelfs 40,1% dit zeer wenselijk acht. 8,2% staat hier neutraal tegenover en slechts een zeer geringe minderheid van 8,7% acht defiscalisering in de Successiewet ongewenst (1 t/m 4).



Grafiek 17- Defiscalisering in de inkomstenbelasting

Defiscalisering in de inkomstenbelasting wordt nog wenselijker geacht. Maar liefst 92,5% van de ondervraagden vindt het wenselijk (6 t/m 10) waarvan 49,7% dit zeer wenselijk acht. 6,1% staat neutraal tegenover defiscalisering en slechts 1,4% vindt defiscalisering in de inkomstenbelasting ongewenst (1 t/m 4).

In de inkomstenbelasting is defiscalisering reeds voor een deel gerealiseerd. In art. 5.4 Wet IB 2001 worden geldvorderingen die zijn ontstaan krachtens de verdeling van een nalatenschap onder nadere voorwaarden uitgezonderd van de bezittingen en schulden. Tevens is van de bezittingen uitgezonderd de blote eigendom van vermogensbestanddelen die is verkregen krachtens de uitoefening van een bloot-eigendomswilsrecht.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Als bedoeld in art. 4:19 en 4:21 BW.

In zijn brief van 14 september 2010 (DB/2010/176M), p. 5 t/m 8 geeft de staatssecretaris aan dat verdergaande defiscalisering in de inkomstenbelasting wenselijk is. Hij is van mening dat verdergaande defiscalisering gerechtvaardigd is als de erflater een partner en kinderen achterlaat. Een vordering die is ontstaan uit hoofde van een legaat tegen inbreng zou dan niet langer bij de crediteur in aanmerking worden genomen. De langstlevende kan deze schuld niet in mindering op zijn vermogen brengen. Datzelfde zou moeten gelden voor de situaties dat het vruchtgebruik van de nalatenschap is gelegateerd aan de langstlevende en de kinderen de blote eigendom van de nalatenschap verkrijgen. De rechtvaardiging voor deze verdergaande defiscalisering wordt dan gevonden in de maatschappelijke opvattingen over erfopvolging, zoals die ook wordt weerspiegeld in het wettelijk erfrecht.

*'Het beeld dat daaruit naar voren komt is dat in gevallen waarin de erflater een partner en kinderen nalaat, het als normaal wordt beschouwd dat de langstlevende partner de beschikking krijgt over alle goederen van de nalatenschap. De kinderen krijgen slechts een niet-opeisbare vordering of een bloot eigendom hetgeen er voor hun gevoel vaak op neer komt dat zij 'niets' krijgen'.<sup>30</sup>*

<sup>30</sup> Brief van 14 september 2010, DB/2010/176 M, p. 7.

Zoals ik hiervoor in paragraaf 3.2 heb opgemerkt zou de defiscalisering naar mijn mening ook moeten gelden voor blote eigendom die de ouder tijdens leven heeft overgedragen aan zijn kind en voor vorderingen die zijn ontstaan uit hoofde van een schuldig erkenning uit vrijgevigheid. Ook in die gevallen hebben de kinderen het gevoel dat zij niets krijgen. De figuren die ontstaan bij overlijden en tijdens leven worden dan hetzelfde behandeld en art. 10 kan dan vervallen. De staatssecretaris deelt echter mede, dat gezien de demissionaire status van het kabinet het niet op zijn weg ligt om wetgeving op dit gebied te initiëren. Dit wordt aan het nieuwe kabinet overgelaten.

Er is geen zicht op defiscalisering in de Successiewet. Tijdens het wetgevingsproces in voorbereiding op de gewijzigde Successiewet heeft de wetgever hiervan afgezien omdat de discussie hierover naar zijn mening nog niet voldoende was uitgekristalliseerd en verder onderzoek nodig is. Om die reden achtte hij het ook niet mogelijk om een termijn te noemen waarop een meer economisch verkrijgingsbegrip, waarbij de verkrijger centraal staat, ingevoerd zou kunnen worden.<sup>31</sup> Bij deze afweging zijn vermoedelijk ook de budgettaire consequenties van belang geweest die gepaard gaan met defiscalisering. De vorderingen van de kinderen worden bij defiscalisering niet langer in de erfbelasting betrokken en aangezien het merendeel van de nalatenschappen (95%) niet groter is dan € 200.000 zal er in al die gevallen dan geen heffing meer plaatsvinden bij het eerste overlijden. Eerst bij het overlijden van de langstlevende vindt

<sup>31</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 4.



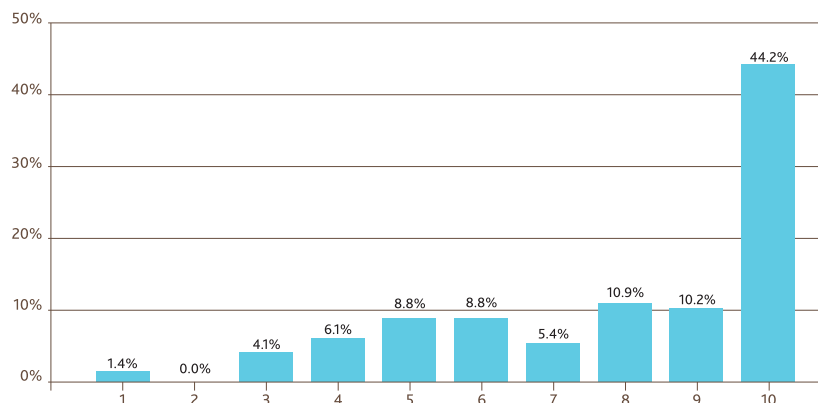
heffing bij de kinderen plaats over de vordering die wordt afgelost, terwijl die vordering, vermeerderd met rente onder het huidige systeem de nalatenschap van de langstlevende verkleint. Wijziging van de wet op dit terrein doet de budgettaire opbrengst daarom verschuiven naar de toekomst. En aangezien het uitgangspunt bij elke wetwijziging is dat deze budgettair neutraal dient te verlopen, heeft defiscalisering in de Successiewet, alleen al om die reden, weinig kans van slagen.

### 3.4 Algehele vrijstelling langstlevende

Een algehele vrijstelling voor de langstlevende maakte geen onderdeel uit van het wetsvoorstel dat tot de wijzigingen met ingang van 2010 heeft geleid. In 2002 is echter wel een zodanig voorstel ingediend bij de Tweede Kamer, naar aanleiding van de aanbevelingen uit het rapport Moltmaker.<sup>32</sup> Dat voorstel heeft het toen niet gehaald.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Wetsvoorstel 28 015. Zie voor de argumenten voor deze vrijstelling het kabinetstandpunt n.a.v. het rapport Moltmaker (*Kamerstukken II* 2000-2001, 27 789).

<sup>33</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 28 015, nr. 12.



Grafiek 18

Uit deze grafiek blijkt dat 79,5% een algehele vrijstelling voor de langstlevende wenselijk vindt (6 t/m 10). 8,8% staat hier neutraal tegenover. 11,6% vindt zo'n vrijstelling niet wenselijk (1 t/m 4).

Als men bedenkt dat 95% van de nalatenschappen kleiner is dan € 200.000, en 98% van de nalatenschappen kleiner is dan € 500.000, dan wordt alleen in geval van de 2% grootste nalatenschappen erfbelasting geheven van de langstlevende. Hierbij moet een nuancering worden aangebracht. De vrijstelling voor de langstlevende bedraagt weliswaar € 600.000 (in 2011: € 603.600), zodat bij een nalatenschap van € 500.000 geen erfbelasting verschuldigd zou zijn, maar de vrijstelling wordt verminderd met de (helft van de waarde van de) pensioenrechten die de langstlevende verkrijgt door het overlijden van de partner. Daar staat tegenover dat de langstlevende veelal niet enig-erfgenaam is, zodat de verkrijging door de langstlevende bij een nalatenschap van € 500.000 vaak kleiner zal zijn.

Dat de langstlevende vaak toch erfbelasting moet betalen is gelegen in het feit dat hij de erfbelasting voor de kinderen (vaak) moet voorschieten.<sup>34</sup> Een vergroting van de vrijstelling voor de langstlevende biedt dan geen soelaas. Alleen defiscalisering kan dit probleem verhelpen. Resteert de opmerking dat ook voor grotere vermogens (bij de 2% nalatenschappen die groter zijn dan € 500.000, vererft een kwart van het totale vermogen dat jaarlijks in Nederland vererft)<sup>35</sup> een algehele vrijstelling desalniettemin als (zeer) wenselijk wordt ervaren.<sup>36</sup>

### 3.5 Aangaan beperkte gemeenschap of opname beperkt verrekenbeding

De discussie over deze kwestie is nog steeds niet beslecht. De Hoge Raad heeft in zijn arresten d.d. 28 januari 1959, BNB 1959/122 en 17 maart 1971, BNB 1971/95 beslist dat het aangaan van een algehele gemeenschap van goederen bij de aanvang van het huwelijk of staande huwelijk geen schenking inhoudt. In 2010 heeft de staatssecretaris een besluit doen uitgaan, waarin hij betoogt dat het aangaan van een wettelijke gemeenschap van goederen bij aanvang van het huwelijk of staande huwelijk niet wordt aangemerkt als een gift, onder verwijzing naar de hiervoor vermelde jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>37</sup> Hetzelfde heeft naar zijn mening te gelden voor het overeenkomen van een wederkerig finaal verrekenbeding.<sup>38</sup> Met betrekking tot de vraag of het aangaan van een beperkte gemeenschap een schenking inhoudt, houdt hij alles open:

<sup>34</sup> Zie art. 4:13, tweede lid jo. art. 4:7, tweede lid, onderdeel e BW voor de wettelijke verdeling e art. 78 Successiewet voor het vruchtgebruiktestament.

<sup>35</sup> Zie J.J. van Gilst, H. Nijboer en C.L.J. Caminada, De successiebelasting vanuit economisch perspectief, *WFR* 2008/1423.

<sup>36</sup> Zie voor de argumenten voor en tegen een algehele partnervrijstelling mijn bijdrage in *WFR* 2001/1381, De voorgestelde wijzigingen van de Successiewet 1956.

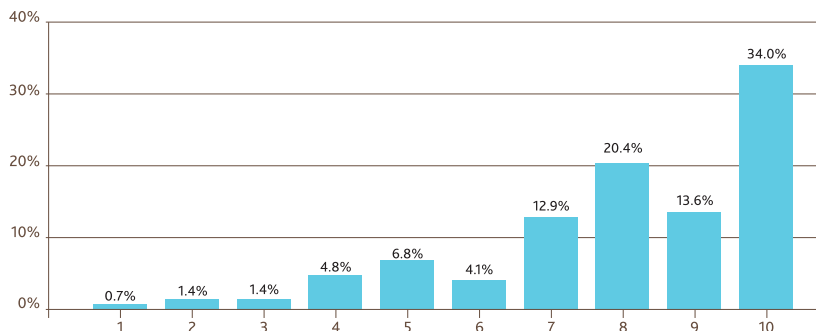
<sup>37</sup> Besluit 5 juli 2010, *VN* 2010/34.12.

<sup>38</sup> Dit komt mij juist voor, gezien HR 27 juni 1990, *BNB* 1990/255.

*'De genoemde arresten zien niet op wijzigingen in het huwelijksgoederenregime door een overgang naar een beperkte gemeenschap of naar een beperkt finaal verrekenbeding. Een vermogensverschuiving door deze overgang kan een schenking zijn.'*<sup>39</sup>

39 Onderdeel 3.2. van het genoemde besluit.

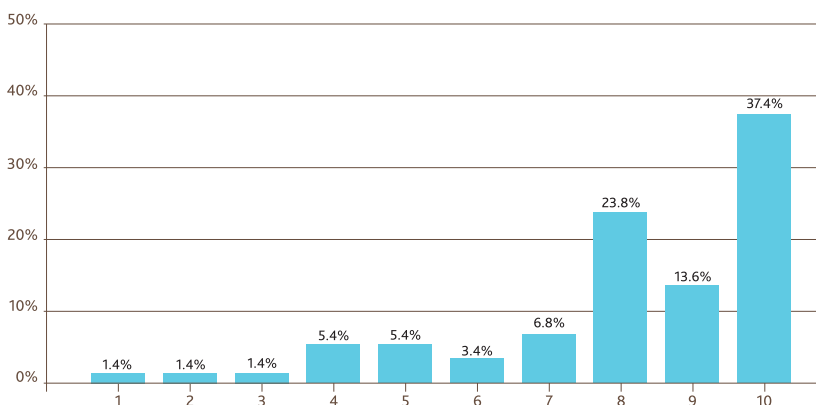
Het spreekt voor zich dat de hiermee gepaard gaande rechtsonzekerheid zeer onwenselijk is. Het komt immers veelvuldig voor dat echtgenoten staande huwelijk het huwelijksgoederenregime wijzigen.



Grafiek 19 - Aangaan beperkte gemeenschap

85% van de respondenten is van mening dat het wenselijk is dat het aangaan van een beperkte gemeenschap geen schenking is (6 t/m 10). 6,8% staat hier neutraal tegenover. Slechts 8,35 is van mening dat dit niet wenselijk is (1 t/m 4).

Hetzelfde patroon zien we bij de vraag of het wenselijk is dat het opnemen van een beperkt finaal verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden.



Grafiek 20 - Opname beperkt finaal verrekenbeding

Ook hier is 85% van de respondenten van mening dat het wenselijk zou zijn dat opname van een dergelijk beding geen schenking inhoudt (6 t/m 10). 5,4% staat hier neutraal tegenover en 9,6% vindt het onwenselijk om dit niet als een schenking aan te merken (1 t/m 4).

In de literatuur lijkt eenstemmigheid te bestaan over de gevolgen van het aangaan van een beperkte gemeenschap die alle goederen van de echtgenoten omvat met uitzondering van een of enkele goederen. Er is dan geen sprake van een voltooide waardeverschuiving en dus geen sprake van een schenking.<sup>40</sup>

Er wordt echter verschillend gedacht over de vraag of evenmin sprake is van een voltooide waardeverschuiving, wanneer één of enkele goederen in de gemeenschap worden gebracht.<sup>41</sup> Omdat de wijziging van huwelijkse voorwaarden in de praktijk veel voorkomt is deze rechts-onzekerheid zeer onwenselijk. De burger moet immers bij het nemen van een beslissing de mogelijkheid hebben om de fiscale gevolgen van die beslissing mee te wegen.<sup>42</sup> Het ligt op de weg van de wetgever om hier helderheid in te brengen.

Uit de enquête blijkt een grote voorkeur te bestaan om het aangaan van een huwelijksgemeenschap nooit als een schenking aan te merken. Verdeling bij helften zou naar mijn mening dan

<sup>40</sup> Zie in deze zin T.C. Hoogwout, Wijziging huwelijksgoederenregime gedurende het huwelijk, *WFR* 2009/683, par. 5; M.J. Hoogeveen, Aangaan (beperkte) huwelijksgoederengemeenschap staande huwelijk een schenking?, *NTFR* 2004/1210, par. 3 en N. Idsinga, Opheffen huwelijksvoorwaarden, een schenking?, *FTV* 2004/1, par. 4.1.2.

<sup>41</sup> Idsinga en Hoogeveen zijn van mening dat bij een gemeenschap van een pand sprake is van een voltooide waardeverschuiving en daarom sprake is van een schenking. Zie N. Idsinga, t.a.p. en M.J. Hoogeveen, t.a.p.. Stollenwerck en Hoogwout zijn daarentegen van mening dat ook dan geen sprake is van een voltooide waardeverschuiving en dus sprake is van een schenking. Zie T.C. Hoogwout t.a.p. en A.H.N. Stollenwerck, Van uitsluiting naar beperkte gemeenschap, geen schenking!, *FTV* 2005/3.

<sup>42</sup> J.L.M. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving' in A.C. Rijkers en H. Vording, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, p. 37.

**43** In alle andere gevallen zou wel een schenking kunnen worden aangenomen. Dit uitgangspunt is ook in overeenstemming met het bepaalde in art. 11, derde en vierde lid Successiewet.

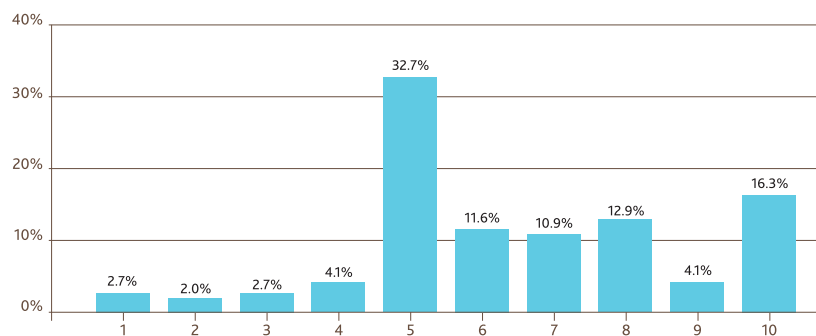
**44** Art. 4:17a, derde lid Wet IB 2001 en art. 35c, vierde lid Successiewet.

wel de voorwaarde moeten zijn. Tevens zou de opname van een verrekenbeding ook nooit tot een schenking aanleiding moeten geven, mits dit verrekenbeding wederkerig en verplicht werkt en de verrekening bij helften plaatsvindt.<sup>43</sup>

### 3.6 Bijzondere behandeling preferente aandelen bij bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Preferente aandelen in een ondernemende vennootschap kwalificeren met ingang van 1 januari 2010 nog slechts onder voorwaarden als ondernemingsvermogen.<sup>44</sup>

Op de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten altijd zouden moeten gelden voor preferente aandelen in een ondernemende vennootschap antwoordt 32,7% neutraal. 55,8% is van mening dat dit wenselijk zou zijn (6 t/m 10) en 11,5% is van oordeel dat dit onwenselijk is (1 t/m 4).



Grafiek 21 - Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor alle preferente aandelen

**45** Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 97.

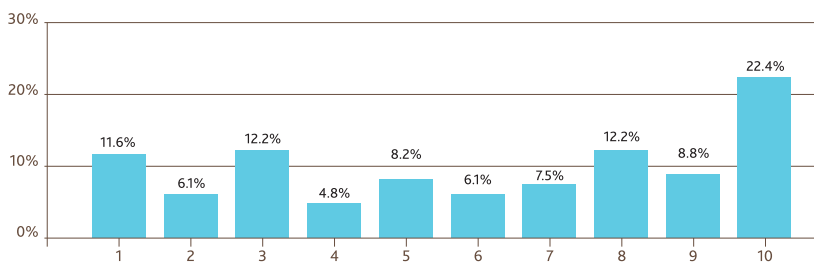
De wetgever heeft de nadere voorwaarden aan preferente aandelen gesteld omdat de houders van dergelijke aandelen kunnen worden beschouwd als kapitaalverschaffers.<sup>45</sup> Zij zijn feitelijk niets anders dan financiers van de onderneming (in de BV) en dergelijke financiers zijn niet de ondernemers waarvoor de faciliteiten zijn bedoeld. De overgang van dit soort van kapitaaltvormen, vormt geen bedrijfsopvolging. Dit is alleen anders indien de houder van de preferente aandelen voorheen als 'ondernemer' bij de onderneming (in de BV) was betrokken. Hier kan echter tegenin worden gebracht dat voor de belastingheffing preferente aandelen niet anders worden behandeld dan gewone aandelen. In de aanmerkelijkbelangregeling worden preferente aandelen even goed als een aanmerkelijk belang beschouwd (mits voldaan aan de kwantitatieve criteria) als gewone aandelen.

In dit verband wijs ik erop dat op de vraag 'Bent u voldoende op de hoogte in welke gevallen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet wel/niet van toepassing zijn?' 51,4% van de respondenten antwoordt hiervan niet voldoende op de hoogte te zijn. Bij de open vraag staat de complexiteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op de tweede plaats.

### 3.7 Samenwoners

Het partnerbegrip in de Successiewet is met ingang van 1 januari 2010 aangepast. In het oorspronkelijke voorstel tot wijziging van de Successiewet werd alleen de ongehuwde partner als partner beschouwd indien deze voldeed aan de vereisten die we terugvinden in het huidige art. 1a, vierde en vijfde lid Successiewet. Bij nota van wijziging is het zesde lid toegevoegd.<sup>46</sup> Door dit amendement is voorkomen dat belastingplichtigen die al langer dan vijf samenwoonden zonder notarieel samenlevingscontract de gang naar de notaris moeten maken om het partnerregime deelachtig te blijven. De bedoeling van de wetgever om tot een uniform partnerbegrip te komen, waarbij een notarieel samenlevingscontract met zorgverplichting als voorwaarde voor gelijkstelling aan de gehuwde werd gesteld is met dit amendement teniet gedaan. Op de vraag hoe wenselijk het is dat dit onderdeel vervalt antwoordt 57% dat dit wenselijk zou zijn (6 t/m 10). 8,2% staat hier neutraal tegenover en 34,7% is van oordeel dat dit onwenselijk zou zijn (1 t/m 4) en dat samenwoners als bedoeld in het zesde lid dus terecht worden gelijkgesteld met een echtgenoot.

**46** Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 46.



Grafiek 22 - Notarieel samenlevingscontract voor samenwoners verplicht

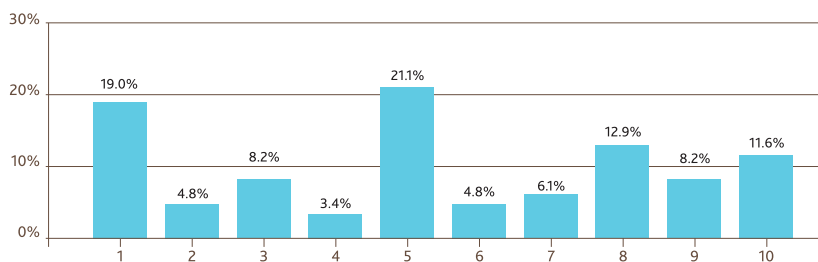
In het Belastingplan 2002 IV was in eerste instantie voorgesteld om de twee- en meerrelaties zonder samenlevingscontract niet langer als partner aan te merken. Als partner kwalificeerde, naast de echtgenoot, de ongehuwd samenwonende zoals die nu is opgenomen in art. 1a, derde lid Successiewet. Dit was toen opgenomen in art. 19a van het voorstel.<sup>47</sup> Dat bleek een brug te ver en bij nota van wijziging zijn toen de twee- en meerrelaties toegevoegd aan dit nieuwe partnerbegrip.<sup>48</sup> Met ingang van 1 januari 2010 heeft de regering een nieuwe poging ondernomen om de twee- en meerrelaties zonder notarieel samenlevingscontract van het partnerbegrip uit te sluiten. Zoals hiervoor gezegd is dit bij amendement voor de tweerelatie teruggedraaid. Partners binnen een meerrelatie kunnen niet meer als zodanig kwalificeren (art. 1a, eerste lid Successiewet). Met ingang van 1 januari 2011 is het partnerbegrip verder geüniformeerd in art. 5a AWR. Het past binnen deze rechtsontwikkeling om op den duur ook de belastingplichtigen binnen een tweerelatie zonder samenlevingscontract niet langer als elkaars partner aan te merken. In de bijdrage van N.C.G. Gubbels, Het nieuwe (gecoördineerde) partnerbegrip in de inkomstenbelasting en Successiewet, wordt ingegaan op het nieuwe partnerbegrip dat met ingang van 1 januari 2011 is opgenomen in art. 5a AWR en de gevolgen hiervan voor de inkomstenbelasting en Successiewet.

<sup>47</sup> Kamerstukken II 2000-2001, 28 015, nrs. 1-2, p. 12-13.

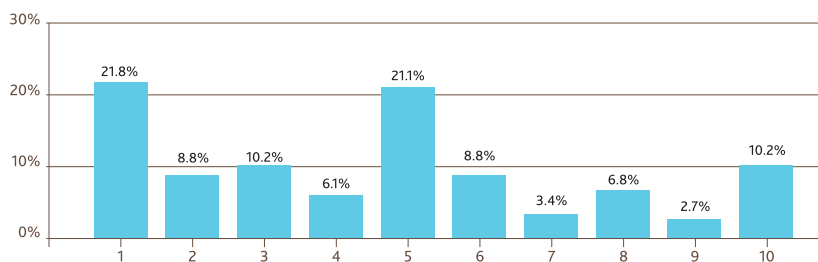
<sup>48</sup> Kamerstukken II 2000-2001, 28 015, nr. 12.

### 3.8 Waardering van genotsrechten

Genotsrechten worden in de inkomstenbelasting en de Successiewet verschillend gewaardeerd. De Successiewet gaat uit van een jaarlijks rendement van 6%, de inkomstenbelasting gaat uit van een jaarlijks rendement van 4%. Ook verschillen de tabellen met factoren waartegen de jaarlijkse opbrengst contant moet worden gemaakt. Op de vraag hoe wenselijk het is dat beide percentages gelijk zijn aan elkaar is op volgende wijze geantwoord:



Grafiek 23 - SW (6%) moet worden aangepast aan IB (4%)



Grafiek 24 - IB (4%) moet worden aangepast aan SW (6%)

Uit voorgaande twee tabellen blijkt dat 21,1% neutraal staat tegenover gelijkstelling van de percentages waartegen het jaarlijkse genotsrecht moet worden gewaardeerd. 43,6% van de respondenten is van mening dat het wenselijk zou zijn als de percentages voor beide wetten op 4% wordt gesteld (grafiek 23, 6 t/m 10). 35,4% acht gelijkstelling niet wenselijk (grafiek 23, 1 t/m 4). 31,9% is van mening dat het wenselijk zou zijn als de percentages voor beide wetten op 6% wordt gesteld. 46,9% is van mening dat het niet wenselijk is als het percentage in de IB wordt verhoogd naar het niveau van de Successiewet (grafiek 24, 1 t/m 4).

Gelijkstelling brengt een keuze mee. Of het genotsrecht in de inkomstenbelasting wordt voortaan bepaald op een opbrengst van 6% per jaar in plaats van 4% per jaar. Dat zou betekenen dat voor genotsgerechtigden zoals vruchtgebruikers de box 3 waarde toeneemt en voor blote eigenaren de waarde afneemt. Of het genotsrecht wordt in de Successiewet op 4% bepaald. Dat brengt mee dat het genotsrecht op een lager bedrag wordt gewaardeerd, hetgeen doorwerkt in de berekening van de overbedelingsschulden. Deze zullen vaak op een (iets) hogere waarde uitkomen, waardoor de verkrijging van de langstlevende ouder kleiner is en de verkrijging van de kinderen groter, waardoor per saldo meer erfbelasting wordt verschuldigd. Om die reden is het voorstel om dit in de Successiewet te wijzigen dan ook in een pril stadium gesneuveld.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Zie Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, nr. F, p. 3.

### 3.9 Conclusie

Meest wenselijke wijziging is de invoering van een algehele vrijstelling van de langstlevende (30% van de respondenten zet dit op nummer 1) dan defiscalisering van erfrechtelijke vorderingen en schulden (in de Successiewet 15% en in de inkomstenbelasting 28% van de respondenten zet dit op nummer 2) en tot slot het aangaan van een beperkte gemeenschap (16%) of het opnemen van een beperkt verrekenbeding wordt niet aangemerkt als een schenking (19%).

## 4 Conclusie

De wijzigingen die met ingang van 1 januari 2010 in werking zijn getreden geven aanleiding tot een iets hogere waardering van de Successiewet. De wet zoals die gold tot 2010 scoort een 6,2 op de schaal van 1 tot 10. De gewijzigde Successiewet wordt door de respondenten beoordeeld met een 6,4.

<sup>50</sup> Bij de vragen naar de wenselijkheid van een wijziging scoort deze wijziging gemiddeld 7,9, terwijl de gemiddelde score van de flexibele renteclausule uitkomt op 8,8. Gevraagd echter naar de top drie van meest gewenste wijzigingen is de verlaging van het derdentarief door 38% van de ondervraagden genoemd als meest wenselijke wijziging. De invoering van de flexibele renteclausule wordt door 19% van de ondervraagden als meest gewaardeerde wijziging genoemd en de verlaging van het toptarief voor kinderen door 18% van de geënquêteerden.

De top drie van meest gewaardeerde wijzigingen ziet er als volgt uit:<sup>50</sup>

- 1 Verlaging van het derdentarief.
- 2 Flexibele renteclausule.
- 3 Verlaging toptarief tariefgroep I.

Indien we vervolgens kijken naar het gemiddelde cijfer dat is toegekend aan de wijzigingen dan wordt deze top drie gevolgd door:

- 1 Invoering wettelijke dertigdagenclausule (7.0).
- 2 Verhoging bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (6.9).
- 3 Vrijstelling mantelzorgers (6.3).
- 4 Verhoging schenkingsvrijstelling eigen woning (6.3).

De geënquêteerden staan neutraal tegenover de volgende wijzigingen:

- 1 Verhoging schenkingsvrijstelling voor studie (5.7).
- 2 (Super)turbotestament valt onder art. 10 (5.7).
- 3 Hogere rente dan 6% wordt genegeerd (6.1).

En de volgende wijzigingen worden niet bepaald gewaardeerd:

- 1 Intrekking resolutie art. 10 (2.8).
- 2 Het verhogen van de eerste schijf voor kinderen (3.1).
- 3 Gesplitste aankoop valt onder art. 10 (3.5).
- 4 Direct opeisbare lening is schenking van rente (3.6).

Als we de gemiddelde score per wenselijk geachte wijziging als uitgangspunt nemen, ziet de top drie van de meest wenselijke wijzigingen die nog moeten worden gerealiseerd, er al volgt uit:

- 1 Defiscalisering in de inkomstenbelasting (8,7) en Successiewet (8,0).
- 2 Geen schenking bij aangaan (beperkte) gemeenschap (8,0) en opname verrekenbeding (8,1).
- 3 De invoering van een algehele partnervrijstelling (7,9).

In een iets andere volgorde komen deze drie wensen ook terug in de top drie van meest wenselijke wijzigingen die nog zouden moeten worden gerealiseerd. Zie paragraaf 3.9. Er is dus nog voldoende werk aan de winkel voor de wetgever.

---

# ONTBREKEND BEGUNSTIGEND OVERGANGSRECHT BIJ ART. 10 SW BEOORDEELD

dr. M. Schuwer-Bravenboer

## 1 Inleiding

Uit een door het Fiscaal Instituut van de Universiteit van Tilburg en BDO uitgevoerde enquête is gebleken dat notarissen ontevreden zijn over de mate waarin bij de invoering van de Wet Schenk- en erfbelasting in begunstigend overgangsrecht is voorzien. Met name ten aanzien van een aantal aanpassingen dat art. 10 Successiewet raakt, zijn zij van mening dat een tegemoetkoming voor 'gedupeerde' belastingplichtigen op zijn plaats is. In dit artikel zal ik een wetenschappelijk gefundeerd oordeel uitspreken over deze enquêteresultaten. Bij die beoordeling maak ik gebruik van het door mij in het kader van een promotieonderzoek ontwikkelde kader voor de beoordeling van fiscaal overgangsrecht (paragraaf 2).<sup>51</sup> Dit beoordelingskader pas ik – voor zover mogelijk – toe op drie concrete overgangssituaties die verband houden met art. 10 Successiewet. In dit kader komen aan de orde: de gesplitste aankoop (paragraaf 4), de intrekking van resolutie BNB 1965/96 (paragraaf 5) en het klassieke ik-opa-testament (paragraaf 6). Daaraan voorafgaand maak ik een aantal algemene opmerkingen over het overgangsrecht waarin de wetgever heeft voorzien (paragraaf 3). Ik sluit deze bijdrage af met enkele aanbevelingen voor zowel de praktijk als de wetgever.

<sup>51</sup> M. Schuwer-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid. Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever* (FM 131), Deventer: Kluwer 2009.

## 2 Het beoordelingskader

Aan de hand van het door mij ontwikkelde beoordelingskader is het mogelijk ex ante en ex post een wetenschappelijk gefundeerd oordeel uit te spreken over het overgangsrecht rondom fiscale wetswijzigingen. Binnen het beoordelingskader wordt gebruikgemaakt van 'beginselen van behoorlijk overgangsbeleid'. Ik heb die beginselen afgeleid van de beginselen van behoorlijke regelgeving, die op hun beurt zijn afgeleid van een aantal 'hogere rechtswaarden'. Het is niet mogelijk het beoordelingskader in deze bijdrage in volle omvang uit te schrijven. Om die reden beperk ik mij tot het kort beschrijven van de vijf stappen waaruit het beoordelingskader bestaat.

In het kader van de eerste stap moeten de gevolgen van de werking van een nieuwe regeling worden geanalyseerd. Daarbij dient onder meer te worden uitgezocht vanaf wanneer de nieuwe regeling in werking treedt, wat de werkingsregel is (terugwerkende kracht, onmiddellijke werking of uitgestelde werking) en wat het relevante rechtsfeit is waarbij die regeling aanknoopt. Een belangrijk gevolg van een werkingsregel kan zijn dat op bepaalde punten materieel en/of maatschappelijk terugwerkende kracht optreedt.

Bij de tweede stap wordt onderzocht of op grond van de beginselen van behoorlijk overgangsbeleid een andere dan de beoogde werkingsregel gewenst is, en of een aanvullende overgangsmaatregel getroffen moet worden. Bij deze tweede stap moet een onderscheid worden gemaakt tussen belastende wetswijzigingen en begunstigende wetswijzigingen. Bij belastende wetswijzigingen wordt achtereenvolgens getoetst aan:

- 1 het beginsel van eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen;
- 2 het eigendomsrecht;
- 3 het non-discriminatiebeginsel;
- 4 het beginsel van technische en financiële uitvoerbaarheid;
- 5 doelstellingen in het algemeen belang.



De toetsing van begunstigende wetswijzigingen is beperkter. In dat geval wordt slechts getoetst aan:

- 1 het non-discriminatiebeginsel;
- 2 het beginsel van technische en financiële uitvoerbaarheid en
- 3 doelstellingen in het algemeen belang.

In het kader van de derde stap dient te worden onderzocht welke overgangsmaatregelen geschikt zijn om de ongewenste gevolgen van onmiddellijke werking, terugwerkende kracht of uitgestelde werking weg te nemen. Vervolgens wordt met de vierde stap onderzocht welke van de geschikte overgangsmaatregelen het meest gewenst is. Ten slotte moet in het kader van de vijfde stap worden beoordeeld of het beoogde overgangsregime in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

Bij de beoordeling van de drie overgangssituaties zal ik gebruik maken van de hiervóór geschetste vijf stappen. Omwille van de leesbaarheid zal ik mij daarbij beperken tot de meest in het oog springende bevindingen bij de toepassing van deze stappen.

### 3 Het overgangsrecht in de nieuwe Successiewet

Bijna een jaar voorafgaand aan de indiening van het wetsvoorstel 'Wijzigingen van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten' bij de Tweede Kamer<sup>52</sup>, gaf de staatssecretaris van Financiën een openbaar college in Tilburg. Tijdens dat college op 24 april 2008 maakte de staatssecretaris naar aanleiding van een vraag uit de zaal al duidelijk dat er niet te veel begunstigend overgangsrecht mocht worden verwacht. Gegeven het feit dat de wetgevingsoperatie budgettair neutraal moest plaatsvinden, was het niet mogelijk om het 'zoet' meteen per 1 januari 2010 te laten ingaan, en het 'zuur' tot in de verre toekomst uit te stellen. In de periode na de indiening van het wetsvoorstel is vervolgens van diverse kanten kritisch gereageerd op het voorgestelde sobere overgangsregime.<sup>53</sup> Uiteindelijk is vervolgens toch op een aantal punten in begunstigend overgangsrecht voorzien. Als voorbeeld noem ik de overgangsregimes inzake de aanscherping van het partnerbegrip en APV's.<sup>54</sup> Opvallend is dat ook 'last minute' en zelfs nog ná de inwerkingtreding van de nieuwe wet in begunstigend overgangsrecht wordt voorzien. Zo heeft de staatssecretaris van Financiën met betrekking tot de inperking van de 'Anbi-regeling' en de mogelijke negatieve gevolgen daarvan voor de aftrek van periodieke giften in de inkomstenbelasting aangegeven dat in voorkomende gevallen belastingplichtigen zich kunnen melden bij de inspecteur.<sup>55</sup> Voor de huidige 6%-norm van art. 10 Successiewet heeft de staatssecretaris nog bij de behandeling van het Belastingplan 2011 toegezegd dat een beleidsbesluit zal verschijnen over de vraag hoe om te gaan met situaties die op 1 januari 2010 reeds bestonden.<sup>56</sup>

Voor een aantal aanpassingen dat verband houdt met art. 10 Successiewet is evenwel niet in begunstigend overgangsrecht voorzien. In de navolgende paragrafen ga ik nader in op de vraag of dit terecht is.

### 4 De gesplitste aankoop

Als een ouder (toekomstige erflater) het vruchtgebruik van een vermogensbestanddeel koopt van een derde, terwijl een kind tegelijkertijd de blote eigendom koopt van die derde, was art. 10 Successiewet tot 1 januari 2010 niet van toepassing. Dit in tegenstelling tot de standardsituatie waarin een kind de blote eigendom van bijvoorbeeld de woning van zijn ouders koopt. Door aan art. 10, eerste lid toe te voegen 'en alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven', valt ook de situatie van de gesplitste aankoop sinds 1 januari 2010 onder de werking van art. 10 Successiewet. Dit heeft tot gevolg dat de aangroei van blote naar volle eigendom wordt belast bij het overlijden van de erflater.

Deze wetswijziging is per 1 januari 2010 met onmiddellijke werking in werking getreden. Hierdoor worden ook situaties waarin men vóór 1 januari 2010 gesplitst heeft aangekocht doch waarin de erflater nog niet is overleden, getroffen door deze wetswijziging. Ook de

<sup>52</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 1-2.

<sup>53</sup> Zie o.a. J.P. Boer, A.O. Lubbers en M. Schuwer-Bravenboer, Het overgangsrecht bij de invoering van de schenk- en erfbelasting beoordeeld, *WFR* 2009/745.

<sup>54</sup> Zie voor een overzicht *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, nr. D, p. 24-26.

<sup>55</sup> Zie S.J.C. Hemels, In het algemene en sociale belang: ANBI en SBBI in de nieuwe schenk- en erfbelasting, *TFO* 2010/48.

<sup>56</sup> *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 504, nr. 6, p. 51.

waardeaangroei die vóór inwerkingtreding van de nieuwe regel al latent was, valt onder de werkingssfeer. Dit impliceert materieel terugwerkende kracht. Voorts leidt de wetswijziging naar mijn mening tot maatschappelijk terugwerkende kracht. De *verwachtingen* ten aanzien van de fiscale consequenties van burgers die vóór de zomer van 2009 een gesplitste aankoop hebben gedaan, komen niet uit. De wetgever vond het echter niet nodig om in begunstigend overgangsrecht te voorzien, omdat door deze wetswijziging twee situaties die veel op elkaar lijken onder de Successiewet voortaan gelijk worden behandeld.<sup>57</sup>

Het argument dat de wetgever aanvoert voor het achterwege laten van overgangsrecht is naar mijn opvatting meer een argument dat de invoering van de wijziging rechtvaardigt. De vraag is evenwel of het onderscheid in fiscale behandeling van twee vergelijkbare situaties per direct moet worden opgeheven, dan wel of dit geleidelijk zou moeten plaatsvinden. Het antwoord op deze vraag kan enerzijds worden gevonden door toetsing aan het beginsel van eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen en anderzijds de technische en financiële uitvoerbaarheid van een mogelijk overgangsregime.

Of het beginsel van eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen wordt geschonden moet worden beoordeeld aan de hand van een aantal elementen.<sup>58</sup> Een van deze elementen betreft de vraag of belastingplichtigen blijvend schade ondervinden van de wetswijziging. Als ouder en kind gesplitst hebben aangekocht, is er een aantal mogelijkheden om het nadeel te verminderen.<sup>59</sup> Het nadeel kan echter niet volledig worden voorkomen. Vanuit het perspectief van het beginsel van eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen is dit onder meer bezwaarlijk als een wetswijziging niet voorzienbaar is. Er zijn veel factoren die de voorzienbaarheid van een wetswijziging kunnen beïnvloeden. Het feit dat de regeling reeds lange tijd bestond en eerst op 20 augustus 2009 bij het verschijnen van de Nota naar aanleiding van het verslag duidelijkheid is verkregen over de strekking van de beoogde wetswijziging, pleit voor een soepelere behandeling van zogenoemde bestaande gevallen. In de literatuur is het verschil in behandeling van twee vergelijkbare situaties daarentegen verschillende malen aan kritiek onderhevig geweest.<sup>60</sup> Gelet op doel en strekking van art. 10 Successiewet is het dan ook niet vreemd dat de gesplitste aankoop thans onder de werkingssfeer van art. 10 is gebracht. Over de vraag of belastingplichtigen die de mazen van de wet opzoeken dat voor eigen risico behoren te doen, lopen de meningen uiteen.<sup>61</sup> De wetgever had in casu in ieder geval een sterkere zaak gehad wanneer hij eerder had aangegeven dat het verschil in behandeling ongewenst was.<sup>62</sup>

Gelet op de beoordeling aan de hand van het beginsel van eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen ben ik van mening dat een beperkte overgangstermijn in casu op zijn plaats zou zijn geweest. De vraag is evenwel wat voor overgangsregime dat dan zou moeten zijn. Gelet op de aard van de regeling ligt een ingroeiregeling niet voor de hand. Eerbiedigende werking voor een periode van 5 jaar is mijns inziens onevenwichtig, daar het moment waarop de toepassing van het nieuwe art. 10 gaat spelen zich moeilijk laat voorspellen. Nu het voorts in het algemeen belang is dat een nieuwe (belastende) regel zo spoedig mogelijk van toepassing wordt, vind ik het geheel overziende, verdedigbaar dat de wetgever een begunstigend overgangsregime in casu achterwege heeft gelaten.

## 5 De intrekking van resolutie BNB 1965/96

In het besluit van 30 november 1964, BNB 1965/96, is goedgekeurd dat ten aanzien van onroerende zaken als fictieve verkrijging in de zin van art. 10 Successiewet geen hogere waarde in aanmerking wordt genomen dan de waarde op het tijdstip van de rechtshandeling. Deze regeling leidt ertoe dat de waardestijging van de onroerende zaak die plaatsvindt tussen het moment van de rechtshandeling en de fictieve verkrijging buiten de heffing blijft.

Het besluit van 30 november 1964 is destijds uitgevaardigd naar aanleiding van de uitspraak van Hof Amsterdam 14 juli 1964, BNB 1965/69. Op basis van deze uitspraak moest worden geconcludeerd dat onder bepaalde omstandigheden de waarde op het tijdstip van de rechtshandeling mocht worden gehanteerd. Ten aanzien van de verkrijging van onroerende zaken was dit aanvankelijk niet mogelijk.<sup>63</sup> Om deze ongelijkheid op te heffen, heeft de toenmalige staatssecretaris van Financiën als uitvoerder van de wet het eerder genoemde besluit uitgevaardigd.

<sup>57</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 19.

<sup>58</sup> In hoofdstuk 5 van mijn proefschrift behandel ik deze elementen uitvoerig. Ik zal op deze plek niet alle elementen behandelen.

<sup>59</sup> Zie hierover de bijdrage van T.N. Peters van Neijenhof, Vruuchtgebruik (eigen) woning: wat te doen?

<sup>60</sup> Zie I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956* (FM 100), Deventer: Kluwer 2002, p. 83 e.v.

<sup>61</sup> Zie voor een overzicht van de heersende meningen mijn proefschrift, par. 5.7.1.2.

<sup>62</sup> Ik roep in dit kader in herinnering het voorstel van Tweede Kamerlid Hillen om jaarlijks een anti-misbruiknota te laten verschijnen; *Handelingen II* 1995-1996, nr. 99, p. 6062.

<sup>63</sup> Zie voor een nadere toelichting Van Vijfeijken, t.a.p., p. 106.

Uit het Nader Rapport bij het wetsvoorstel 31 930 bleek voor het eerst dat het besluit van 30 november 1964 zou worden ingetrokken.<sup>64</sup> Dit terwijl de Raad van State had geadviseerd het besluit te codificeren. De reden dat het besluit werd ingetrokken is de wetswijziging die in wetsvoorstel 31 930 is opgenomen als reactie op Hoge Raad 6 juni 2008, BNB 2008/203. Zonder intrekking van het besluit zouden er in de visie van de wetgever nog steeds onwenselijke estate planningsmogelijkheden blijven bestaan.

Het besluit is met onmiddellijke werking per 1 januari 2010 ingetrokken. De staatssecretaris van Financiën zag desgevraagd geen aanleiding voor het treffen van een overgangsmaatregel in de vorm van eerbiedigende werking.<sup>65</sup> De argumentatie van de staatssecretaris is als volgt: 'Indien dat overlijden plaatsvindt onder het regime zoals dat geldt na inwerkingtreding van een wetswijziging, gelden voor de betrokken belastingplichtigen alle voordelen en nadelen van de doorgevoerde wijzigingen. Om die reden, en ook omdat de resolutie van 30 november 1964 alleen geldt voor onroerende zaken, meen ik dat een eerbiedigende werking voor rechtshandelingen van voor de invoeringsdatum van de wetswijziging meer nadelen met zich meebrengen dan voordelen.'

Uit nadien verschenen parlementaire stukken blijkt dat de staatssecretaris met name moeite heeft met het feit dat het besluit in strijd is met zowel het wetsvoorstel als met doel en strekking van art. 10 Successiewet.<sup>66</sup> Het gevolg is dat de intrekking van het besluit leidt tot materieel en maatschappelijk terugwerkende kracht. De waardeangroei van een onroerende zaak in de periode tussen de rechtshandeling en het overlijden van de ouder zal, tegen de verwachting van partijen in, in de toekomst worden belast.

Opvallend is dat de staatssecretaris van Financiën bij de afweging of er begunstigend overgangsrecht moet komen of niet, gefocust is op het eindresultaat, te weten geen toepassing van besluit BNB 1965/96 ná 31 december 2009. Argumenten die aanleiding zouden kunnen geven voor begunstigend overgangsrecht, zoals bijvoorbeeld eerbiedigende werking, lijken niet in de afweging te zijn betrokken.

Bij de beoordeling van deze overgangssituatie moet voorop worden gesteld dat we hier te maken hebben met de intrekking van een beleidsregel die door de staatssecretaris van Financiën was neergelegd in een besluit.<sup>67</sup> Het overgangsbeleid van de uitvoerder van de wet wijkt op een aantal punten af van het overgangsbeleid van de wetgever.<sup>68</sup> Een oorzaak hiervan is dat op de gedragingen van de uitvoerder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. De bestuursrechter heeft de mogelijkheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur te toetsen. Ten aanzien van de intrekking van een beleidsregel is mijn verwachting evenwel dat de beoordeling van de wenselijkheid van begunstigend overgangsrecht in het algemeen tot een vergelijkbare uitkomst zal leiden als bij een wetswijziging het geval zou zijn. Voorop staat dat een beleidsregel kan worden ingetrokken en belastingplichtigen vanaf het moment van intrekking niet meer mogen rekenen op toepassing van het besluit.<sup>69</sup> Of voor belastingplichtigen in verband met het gewekte vertrouwen een begunstigende overgangsmaatregel moet worden getroffen, hangt af van de omstandigheden.<sup>70</sup>

Toepassing van het vertrouwensbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, komt overeen met toetsing aan het beginsel van eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen als genoemd in paragraaf 4. Een eerste element dat daarbij aan de orde komt, is de vraag of de intrekking van het besluit blijvend leidt tot nadeel. Deze vraag moet vermoedelijk bevestigend worden beantwoord; mogelijke oplossingen als bijvoorbeeld het terugkopen van de blote eigendom leiden tot hoge lasten, zodat moet worden geconcludeerd dat er feitelijk geen oplossing is om het nadeel te voorkomen. Dit is bezwaarlijk als belastingplichtigen die met de nadelige gevolgen van de intrekking van het besluit te maken gaan krijgen, die intrekking van het besluit niet hadden kunnen zien aankomen. De lange bestaansduur<sup>71</sup> van de beleidsregel alsmede haar achtergrond kunnen worden genoemd als argumenten in het voordeel van belastingplichtigen. Er is echter ook een aantal tegenargumenten dat in de weging moet worden betrokken. Zo moet, zeker als het gaat om begunstigend beleid, er rekening mee worden gehouden, dat dit beleid kan worden gewijzigd of worden ingetrokken. Voorts was het besluit in de literatuur al reeds geruime tijd aan kritiek onderhevig, omdat het besluit niet van toepassing was op andere vermogensbestanddelen dan onroerende zaken.<sup>72</sup>

<sup>64</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 4, p. 11.

<sup>65</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 76, p. 14.

<sup>66</sup> *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, nr. D, p. 26.

<sup>67</sup> Nu het hier gaat om de intrekking van beleid in het kader van een wetgevingsoperatie ligt het in mijn visie meer op de weg van de wetgever een overgangsmaatregel te treffen dan op de weg van de uitvoerder.

<sup>68</sup> Zie over het overgangsbeleid van de uitvoerder van de wet: A.O. Lubbers en C.L. Schonewille-Rozeblad, *Overgangsbeleid van de uitvoerder van de belastingwet*, *TFO* 2009/106, p. 162 e.v.

<sup>69</sup> HR 4 mei 1983, *BNB* 1983/216, HR 22 juli 1994, *BNB* 1994/296 en HR 10 maart 1982, *BNB* 1982/114.

<sup>70</sup> HR 28 februari 2003, *BNB* 2004/59.

<sup>71</sup> Zie nader par. 5.4.3 van mijn proefschrift.

<sup>72</sup> Zie I.J.F.A. van Vijfeijken, t.a.p., p. 111 e.v.

Het geheel overziende ben ik van mening dat op grond van het vertrouwensbeginsel een beperkte overgangsmaatregel overwogen had kunnen worden. Er spelen in dit geval geen andere beginselen die tot een krachtiger roep om begunstigend overangsrecht leiden. Net als ik heb aangegeven onder 4 speelt ook hier het aspect dat een overgangsmaatregel in de vorm van eerbiedigende werking voor ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel bestaande gevallen met een zeer lange looptijd om uitvoeringstechnische en budgettaire redenen ongewenst is. Om die reden acht ik de keuze van de uitvoerder/wetgever verdedigbaar. Nu het hier gaat om de intrekking van een regel door de uitvoerende macht, waarop de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, is er evenwel een mogelijkheid om de vraag of het vertrouwensbeginsel is geschonden aan de rechter voor te leggen.

## 6 Ik-opa-testament

In het klassieke ik-opa-testament benoemt de erflater zijn kinderen als erfgenaam, onder de last bedragen schuldig te erkennen aan hun kinderen. Bij het overlijden van de erflater wordt het kleinkind slechts belast voor de contante waarde van de vordering; het kind brengt de vordering als last in mindering op zijn verkrijging. Bij het overlijden van het kind vond in de praktijk geen additionele heffing plaats. Het gevolg hiervan is dat de aangroei van de vordering van het kleinkind van contante naar nominale waarde buiten de heffing van successierecht blijft. Naar aanleiding van het arrest Hoge Raad 19 juni 2009, BNB 2009/224 lijkt het erop dat art. 10 Successiewet op de geschetste situatie van toepassing is en de aangroei van contante tot nominale waarde in de heffing moet worden betrokken. Hier is derhalve geen sprake van een wijziging die voortvloeit uit het wetsvoorstel 31 930. De staatssecretaris van Financiën stelt mijns inziens dan ook terecht dat het niet op zijn weg ligt om voor deze situatie te voorzien in begunstigend overangsrecht.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Kamerstukken I 2009–2010, 31 930, nr. F, p. 6.

De vraag rijst of de Hoge Raad had moeten voorzien in een begunstigende overgangsmaatregel voor die gevallen waarin het ik-opa-testament reeds voor het arrest van 19 juni 2009 was opengevallen. In de literatuur is voor het bestuursrecht in het algemeen uit de rechtspraak afgeleid dat er reden is de terugwerkende kracht van een rechterlijke beslissing te beperken als aan de volgende *cumulatieve* voorwaarden is voldaan:<sup>74</sup>

- a de nieuwe interpretatie vormt een abrupte en ingrijpende verandering;
- b groepen in de samenleving of bestuursorganen hebben hun handelen te goeder trouw op de oude interpretatie afgestemd;
- c het is duidelijk dat juist de – volledige respectievelijk gedeeltelijke – terugwerkende kracht tot aanmerkelijke maatschappelijke of bestuurlijke problemen leidt, of de burger ernstig benadeelt, dan wel noopt tot het volledig overdoen van talrijke bestuurlijke besluitvormingsprocessen zonder dat dit erg zinvol is;
- d bij afweging is het beter dat de rechter deze gevolgen van de terugwerkende kracht door overangsrecht in hoofdzaak zelf beperkt dan dat hij dit aan de wetgever of de uitvoerende macht overlaat.

Reeds voor het arrest van 19 juni 2009 was niet zeker dat het klassieke ik-opa-testament niet onder de reikwijdte van art. 10 Successiewet zou vallen. Aan de onder a genoemde voorwaarden is daarmee naar mijn mening niet voldaan. De overige voorwaarden behoeven dan geen behandeling meer. Overigens ben ik van mening dat ook aan de overige voorwaarden niet steeds wordt voldaan.

Had de wetgever hier dan moeten ingrijpen? Een argument voor ingrijpen van de wetgever had kunnen zijn dat in casu *derden*, te weten de kleinkinderen het nadeel van de huidige fiscale behandeling van het ik-opa-testament ondervinden. De kleinkinderen verkrijgen namelijk een niet-fiscaal-gefacilieerde vordering zodra opa is overleden, welke vordering nadelige effecten kan hebben voor het verkrijgen van bijvoorbeeld bepaalde toeslagen. Hier kan evenwel tegenin worden gebracht dat recht bestaat op een vordering zonder dat daar een prestatie voor is geleverd. Het geheel overziende ben ik dan ook van mening dat de wetgever met betrekking tot de gevolgen van Hoge Raad 19 juni 2009 voor het klassieke ik-opa-testament terecht niet in een begunstigende overgangsmaatregel heeft voorzien.

<sup>74</sup> A.O. Lubbers en R.W.J. van der Struijk, Fiscaal overgangsbeleid van de belastingrechter, TFO 2009/106, p. 174.

## 7 Afsluiting

In deze bijdrage heb ik drie overgangssituaties die door een groot aantal geënquêteerde notarissen als onredelijk werden bestempeld beoordeeld. Ten aanzien van zowel de wijzigingen voor de gesplitste aankoop als de intrekking van het besluit BNB 1965/96 heb ik geconcludeerd dat respectievelijk de wetgever en de uitvoerder streng zijn geweest, doch dat ik begrip heb voor het standpunt dat uiteindelijk door hen is ingenomen. Voor klassieke ik-opa-testamenten die op 19 juni 2009 reeds waren opengevallen heeft de wetgever in mijn visie terecht niet voorzien in een begunstigende overgangsmaatregel.

Uit de in paragraaf 4 en 5 beschreven overgangssituaties kunnen de wetgever en uitvoerder echter wel lering trekken. De notarissen waren naar verwachting minder 'fel' geweest als meer aandacht was besteed aan het tijdig en duidelijk communiceren van de te verwachten wijzigingen en het daarbij te verwachten overangsrecht en voorts voor het afzien van begunstigende overgangsmaatregelen overtuigender argumenten waren aangevoerd.<sup>75</sup> Echter, ook de praktijk kan lering trekken uit het beschrevene. Situaties die door het ministerie van Financiën worden gezien als 'in strijd met doel en strekking van de wet', kunnen altijd worden 'gerepareerd'. Voor dergelijke situaties staat niet op voorhand vast dat de wetswijziging wordt vergezeld van begunstigende overgangsmaatregelen.

<sup>75</sup> Zie in dit kader ook de vuistregels voor de wetgever die ik heb geformuleerd in hoofdstuk 11 van mijn proefschrift.

# VRUCHTGEBRUIK (EIGEN) WONING: WAT TE DOEN?

mr. T.N. Peters van Neijenhof

## 1 Inleiding

Met ingang van 1 januari 2010 is het toepassingsbereik van art. 10 Successiewet aanzienlijk uitgebreid. Deze uitbreiding wordt door velen niet als wenselijk gezien. Uit de enquête blijkt dat het intrekken van de resolutie van 30 november 1964, BNB 1965/96 als de meest onwenselijke wijziging wordt beschouwd. Ook de wijziging dat de gesplitste aankoop vanaf 1 januari 2010 onder het toepassingsbereik van art. 10 Successiewet valt, wordt als zeer onwenselijk ervaren en behaalt een derde plaats van meest onwenselijke wijzigingen. Waarschijnlijk speelt het feit dat voor beide situaties geen overgangsrecht is getroffen een grote rol bij de waardering van deze wijzigingen.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Zie in dit verband ook het artikel van M. SchuiverBravenboer, Ontbrekend begunstigend overgangsrecht bij art. 10 SW beoordeeld.

Wat echter bij de enquêteresultaten opvalt, is dat op de vraag of in de praktijk van de respondent meer vraag is naar advisering over de gevolgen van de wijzigingen met betrekking tot de gesplitste aankopen, 55,8% van de respondenten met nee antwoordt. Voor advisering met betrekking tot de gevolgen van het intrekken van genoemde resolutie beantwoordt 53,1% deze vraag ontkennend. Een reden voor deze resultaten kan liggen in de veronderstelling dat niet veel belastingplichtigen die door deze wijzigingen getroffen worden, ook op de hoogte zijn van de gevolgen van deze wijzigingen. Hierdoor zullen zij dan niet zelf de gang naar de notaris maken. Echter, ook de vraag of de desbetreffende respondent zelf actief cliënten benadert die in het verleden gesplitst hebben aangekocht, is door maar liefst 73,3% van de respondenten ontkennend beantwoord. Voor de benadering van cliënten die de eigendom van hun woning in het verleden met voorbehoud van vruchtgebruik aan hun kinderen hadden overgedragen, beantwoordt 53,1% van de respondenten deze vraag ontkennend.

Het lijkt er derhalve op dat in de notariële rechtspraktijk niet veel aandacht wordt besteed aan advisering over bovengenoemde wijzigingen en wat gedaan kan worden om de nadelige gevolgen te beperken. Is er dan niets aan te doen?

In beginsel zijn er drie mogelijkheden om met de gewijzigde gevolgen om te gaan. Allereerst kan natuurlijk niets worden gedaan. De huidige vruchtgebruiksituatie wordt in stand gelaten. Bij overlijden van de vruchtgebruikers is art. 10 Successiewet dan volledig van toepassing. Een tweede mogelijkheid is de vruchtgebruiksituatie te beëindigen door afstand te doen van het vruchtgebruik, waardoor de bloot eigenaren (meestal de kinderen) vervolgens de volledige eigendom verkrijgen. Tot slot is een derde mogelijkheid de vruchtgebruiksituatie te beëindigen door de bloot eigendom aan de vruchtgebruikers (meestal de ouders) over te dragen, waardoor deze (weer) de volledige eigendom verkrijgen. In deze bijdrage ga ik op deze drie verschillende mogelijkheden in. Ik ga er in deze bijdrage van uit dat de ouders de vruchtgebruikers zijn en de kinderen de bloot eigenaren. Daarnaast ga ik ervan uit dat het gaat om recht van vruchtgebruik van het hoofdverblijf. En tot slot ga ik er vanuit dat er geen sprake is van een zogenoemde 'metterwoon-clausule'.

Voordat ik op de verschillende mogelijkheden inga, bespreek ik voor de volledigheid eerst kort om welke situaties het hier gaat.

## 2 Getroffen situaties

### 2.1 Inleiding

Vanaf 1 januari 2010 worden de volgende vruchtgebruiksituaties, bij het overlijden van de ouders volledig in de heffing van art. 10 Successiewet betrokken.

- De ouders hebben in het verleden de eigendom van de woning aan de kinderen overgedragen onder voorbehoud van vruchtgebruik.
- De ouders en de kinderen hebben in het verleden 'gesplitst' aangekocht, dat wil zeggen de kinderen hebben (zelfstandig) de bloot eigendom van een derde aangekocht en de



ouders het vruchtgebruik.

- De kinderen hebben de volle eigendom van een derde aangekocht en vervolgens het vruchtgebruik aan hun ouders overgedragen.

## 2.2 Overdracht bloot eigendom

Deze figuur werd onder de 'oude' Successiewet ook al in de heffing betrokken op grond van art. 10 Successiewet. Op grond van de resolutie van 30 november 1964, BNB 1965/96 mocht voor de heffing op grond van art. 10 Successiewet bij *onroerende zaken* worden uitgegaan van de waarde ten tijde van de rechtshandeling (de overdracht). Door deze resolutie bleef de tussentijdse waardevermindering van de onroerende zaak buiten de heffing. Wanneer de onroerende zaak in de tussentijd echter in waarde was gedaald, kon de verkrijger zich beroepen op de wettelijke waarde waardoor de lagere waarde op het moment van overlijden in de heffing werd betrokken. Gelijktijdig met de wijzigingen in de Successiewet per 1 januari 2010 is de hiervoor genoemde resolutie ingetrokken. Deze intrekking is gebeurd zonder overgangsrecht.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> Voor een uitgebreide bespreking van het ontbreken van begunstigend overgangsrecht bij de intrekking van deze resolutie verwijs ik naar het artikel van M. Schuiver-Bravenboer, Ontbrekend begunstigend overgangsrecht bij art. 10 SW beoordeeld.

## 2.3 Gesplitste aankoop

Wanneer de kinderen en de ouders de woning gesplitst van een derde hebben aangekocht, was onder de oude regeling art. 10 Successiewet niet van toepassing. Tot 1 januari 2010 was art. 10 Successiewet namelijk alleen van toepassing wanneer de erflater vermogen, waarvan hij eerst de volle eigendom bezat, heeft omgezet in een genotsrecht. Art. 10 Successiewet was derhalve niet van toepassing op de situatie dat de erflater tijdens zijn leven het vruchtgebruik heeft verworven op goederen afkomstig van een derde.

Door de toevoeging van de zin 'alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven' valt de gesplitste aankoop vanaf 1 januari 2010 ook onder het toepassingsbereik van art. 10 Successiewet. Ook hier geldt dat er geen overgangsrecht is voor reeds bestaande situaties.

## 2.4 Overdracht vruchtgebruik

Om dezelfde reden waarom art. 10 Successiewet niet van toepassing was bij een gesplitste aankoop was art. 10 Successiewet niet van toepassing wanneer de ouders het vruchtgebruik hadden verworven op goederen van hun kinderen (die deze van een derde in volle eigendom hadden aangekocht). De ouders hebben ook hier nimmer de volle eigendom gehad van de in vruchtgebruik verworven goederen. Door de in paragraaf 2.3 genoemde toevoeging valt deze situatie vanaf 1 januari 2010 ook onder art. 10 Successiewet.

# 3 Niets doen/situatie handhaven

## 3.1 Algemeen

Wanneer de vruchtgebruiksituatie in stand wordt gelaten, zal de volledige waarde van de onroerende zaak op het moment van overlijden op grond van art. 10 Successiewet worden belast. Hierbij is het niet van belang op grond van welke van de drie hiervoor genoemde situaties het vruchtgebruik is ontstaan.

In dit kader merk ik op dat wanneer het vruchtgebruik behoort tot een gemeenschap van goederen, bij het overlijden van de eerststervende 'slechts' de helft van de waarde in de heffing van art. 10 Successiewet wordt betrokken. Zet de langstlevende het vruchtgebruik voort, dan kan de waarde van dit vruchtgebruik op grond van art. 7, eerste lid Successiewet in mindering worden gebracht (zie ook hierna onder paragraaf 3.2). Bij het overlijden van de langstlevende zal de andere helft van het pand voor de waarde op dat moment in de heffing worden betrokken.

## 3.2 Aftrekposten

Op grond van art. 7, eerste lid Successiewet kan hetgeen door de kinderen is opgeofferd voor de verkrijging of door de erflater werd bedongen (bijvoorbeeld een vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende), in mindering worden gebracht op de op grond van art. 10 Successiewet te belasten waarde. Dit betekent dat de kinderen de eventuele koopsom die zij in de hierboven genoemde situaties hebben betaald, verhoogd met 6% enkelvoudige rente per jaar (art. 7, derde lid Successiewet) in mindering op hun verkrijging kunnen brengen. Zijn zij de koopsom schuldig gebleven, dan komt deze koopsom ook in mindering op de te belasten waarde.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> Dit zal zich met name voordoen in het geval als bedoeld in par. 2.2 (overdracht van de bloot eigendom).



**79** Zie HR 13 juli 2001, *BNB* 2001/324. Voor een uitgebreide bespreking van dit onderwerp, verwijst ik naar I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve Erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, (FM 100), Deventer: Kluwer 2002, p. 138 e.v.

**80** *Kamerstukken I* 2009–2010, 31 930, D, p. 13.

Dit is echter anders wanneer *in verband met* de overdracht de koopsom wordt kwijtgescholden.<sup>79</sup> De eventuele verschuldigde schenkbelasting als gevolg van de kwijtschelding, vermeerderd met rente, mag dan wel in mindering worden gebracht (zie hierna paragraaf 3.3).

In alle drie hierboven besproken situaties mag derhalve hetgeen door de kinderen is opgeofferd in mindering worden gebracht op de te belasten waarde. Wanneer de kinderen voor de verkrijging van de bloot eigendom hebben betaald, is het duidelijk wat het opgeofferde bedrag is: de koopsom. In de derde situatie is het opgeofferde bedrag moeilijker te bepalen. Wanneer de kinderen de volledige eigendom van een derde hebben verkregen voor bijvoorbeeld € 200.000 en bij de verkoop van het vruchtgebruik aan hun ouders de waarde van de woning € 300.000 is, is de vraag wat het opgeofferd bedrag is. Wanneer de waarde van het vruchtgebruik op het moment van de overdracht 60% is, betalen de ouders € 180.000, waardoor het kind feitelijk € 200.000 minus € 180.000 voor de bloot eigendom heeft betaald. Tevens is verdedigbaar te stellen dat het opgeofferde bedrag € 300.000 minus € 180.000 bedraagt. Tijdens de parlementaire geschiedenis is meegedeeld dat het voor de toepassing van art. 7 Successiewet gaat om de opoffering die is toe te rekenen aan de bloot eigendom ten tijde van de aankoop van het vruchtgebruik door de ouders.<sup>80</sup> Voor het waarderingsmoment wordt aangesloten bij het moment waarop het vruchtgebruik aan de ouders is verkocht. In het voorbeeld bedraagt de opgeofferde waarde dan € 300.000 minus € 180.000 = € 120.000.

### 3.3 Te verrekenen belasting

Is de bloot eigendom geschonken, dan geldt krachtens art. 7, tweede lid Successiewet dat de ter zake van de schenking betaalde schenkbelasting op de verschuldigde erfbelasting in mindering mag worden gebracht. Hetzelfde geldt voor de eventueel destijds verschuldigde overdrachtsbelasting. Voor beide belastingen geldt, dat het betaalde bedrag op grond van art. 7, derde lid Successiewet verhoogd mag worden met 6% enkelvoudige rente per jaar. Wanneer de bloot eigendom is verkocht, en de koopsom in verband met de overdracht is kwijtgescholden, mag zoals hiervoor reeds is aangegeven de betaalde schenkbelasting over de kwijtschelding in mindering worden gebracht op de te betalen erfbelasting.

## 4 Afstand van vruchtgebruik

### 4.1 Inleiding

Aan de hand van de volgende casus, wil ik de gevolgen van de verschillende mogelijkheden laten zien. Voor de eenvoud en de overzichtelijkheid van de vergelijkingen is de casus sterk vereenvoudigd. Zo is er bijvoorbeeld maar één vruchtgebruiker.

#### Casus

Vader is 70 jaar en heeft het vruchtgebruik van de woning 20 jaar geleden verkregen op één van de drie besproken wijzen. De waarde van de woning bedroeg op dat moment circa € 186.000. De waarde van de bloot eigendom was destijds € 52.245. Vader heeft twee kinderen.

De waarde van de woning is op dit moment € 450.000. De waarde van het vruchtgebruik bedraagt nu € 189.000 en de waarde van de bloot eigendom € 261.000.

Er wordt geen rekening gehouden met eventueel in het verleden betaalde overdrachtsbelasting.

Ervan uitgaande dat bij overlijden de heffing op grond van art. 10 Successiewet volledig in de 20%-schijf valt, wordt bij overlijden nu € 450.000 minus de koopsom van € 52.245 verhoogd met 6% enkelvoudige rente belast.

De verschuldigde erfbelasting ter zake van de art. 10 Successiewet verkrijging bedraagt dan € 67.012.

Om aan de heffing van art. 10 Successiewet te ontkomen, kunnen de ouders, al dan niet om niet, afstand doen van het vruchtgebruik. De kinderen verkrijgen hierdoor de volledige eigendom van de woning, waardoor bij overlijden van de ouders niet aan art. 10 Successiewet wordt toegekomen. Dit is anders wanneer het afstand doen heeft plaatsgevonden, binnen 180 dagen voor overlijden. De waarde van de woning zal dan alsnog op grond van art. 10, vierde lid, onderdeel b Successiewet tot de nalatenschap worden gerekend.

### 4.2 Afstand om niet of tegen vergoeding

Het doen van afstand van het vruchtgebruik, kan zowel om niet als tegen een vergoeding

plaatsvinden. Wanneer de afstand door middel van een vergoeding plaatsvindt, zal de uiteindelijke nalatenschap van de ouders in beginsel worden verhoogd met de koopsom/vergoeding. Hierover zal erfbelasting zijn verschuldigd. Door de progressie in de tarieven, kan uiteindelijk meer belasting verschuldigd zijn dan in de situatie dat de afstand van het vruchtgebruik om niet had plaatsgevonden en met schenkbelasting zou zijn belast. Uiteraard is het ook mogelijk om wel een vergoeding te bedingen welke mag worden schuldiggebleven, maar deze vervolgens (in delen) kwijt te schelden.

#### Voorbeeld

Wanneer we uitgaan van de hierboven onder 4.1 geschetste casus en ervan uitgaan dat er geen andere schenkingen dat jaar worden gedaan, heeft het om niet afstand doen van het vruchtgebruik de volgende gevolgen.

Overdrachtsbelasting:	€ 11.340 <sup>81</sup>
Schenkbelasting:	€ 7.160 <sup>82</sup>
Erfbelasting:	€ 0
Totaal	€ 18.500

Ten opzichte van niets doen, leidt dit derhalve tot een voordeel van € 48.512. Hierbij is van belang dat ik er in deze casus van uit ben gegaan dat de afstand van het vruchtgebruik in hetzelfde jaar plaatsvindt als het jaar waarin vader komt te overlijden (maar pas na 180 dagen).

Een nadeel bij deze mogelijkheid is dat de belastingheffing naar voren wordt gehaald. In mijn casus komt dit cijfermatig niet terug omdat ik voor de zuiverheid en eenvoud van de verschillende vergelijkingen ervan uit ben gegaan dat het afstand doen en het overlijden in hetzelfde jaar plaatsvinden. Dit is echter wel een aandachtspunt waar rekening mee moet worden gehouden.

Voor de inkomstenbelasting geldt dat de overdracht leidt tot volledige heffing bij de kinderen in box 3, in plaats van een gespreide heffing in box 3 over de ouders (vruchtgebruik) en de kinderen (bloot eigendom).<sup>83</sup> Afhankelijk van het overig vermogen (en de toepassing van de belastingvrije som) kan dit tot een hogere totale belastingheffing leiden.

<sup>81</sup>  $6\% \times € 189.000 = € 11.340$

<sup>82</sup>  $10\% \times (€ 94.500 \text{ minus de vrijstelling van } € 5.000) \times 2 \text{ (kinderen)} = € 17.900$  schenkbelasting. Op grond van art. 24, tweede lid Successiewet mag de overdrachtsbelasting over het bedrag waarover schenkbelasting is betaald, in mindering op de schenkbelasting worden gebracht. De overdrachtsbelasting over € 94.500 minus de vrijstelling van € 5.000 ( $\times 2$  kinderen) mag derhalve in mindering worden gebracht. Dit is  $6\%$  over  $€ 89.500 \times 2$  (kinderen) is € 10.740. De te betalen schenkbelasting bedraagt dan € 17.900 minus € 10.740 = € 7.160.

<sup>83</sup> Op grond van art. 3.111, eerste lid, onderdeel b Wet IB 2001, valt een vruchtgebruik van de woning niet in box 1, wanneer deze niet krachtens erfrecht was verkregen.

### 4.3 Huurrecht

Wanneer de ouders echter nog in de woning willen blijven wonen, zal daar een voorziening voor moeten worden getroffen in de vorm van bijvoorbeeld een huurrecht.

De staatssecretaris is van mening dat wanneer de ouders de woning overdragen onder voorbehoud van een huurrecht, er ten minste 6% huur moet worden betaald.<sup>84</sup> Het betalen van een marktconforme huur is volgens hem niet voldoende om aan art. 10 Successiewet te ontsnappen.

Wanneer de kinderen echter zelf de volledige eigendom van de woning hebben verkregen (als gevolg van de overdracht van het vruchtgebruik) zonder voorbehoud van een huurrecht en vervolgens een huurovereenkomst met hun ouders sluiten, kan naar mijn mening worden uitgegaan van een marktconforme huur. Als de ouders afstand doen van het genotsrecht bezitten de kinderen de volle eigendom. Indien zij dan tegen een zakelijke huur gaan verhuren aan de ouders is er geen sprake van omzetting van eigendomsrechten in genotsrechten. Er gaat niets ten koste of ten laste van het vermogen van de ouders. Zij betalen een zakelijke vergoeding voor het woongenot. Dus als de 'markthuur' lager is dan 6%, mag mijns inziens van dit lagere bedrag worden uitgegaan.<sup>85</sup> In het kader van vermogensoverheveling naar de kinderen is het uiteraard aantrekkelijker om van 6% uit te gaan.

<sup>84</sup> *Kamerstukken I* 2009/2010, 31 930, nr. F, p. 3 en 4.

<sup>85</sup> Ditzelfde geldt ook voor leningen die de kinderen aan hun ouders verstrekken, dan wel wanneer ouders aan hun kinderen een lening verstrekken.

## 5 Bloot eigendom terugkopen

### 5.1 Inleiding

Een derde mogelijkheid is de bloot eigendom aan de ouders (terug) over te dragen, zodat zij de volledige eigendom krijgen. Uitgegaan wordt van dezelfde casus als vermeld in paragraaf 4.1

### 5.2 Fiscale gevolgen terugkoop bloot eigendom

Indien de ouder de bloot eigendom van het pand terugkoopt, valt de woning in zijn nalatenschap.

Hier staat echter een aftrekpost tegenover, namelijk de aan de kinderen betaalde koopsom (al dan niet schuldiggebleven), waardoor deze mogelijkheid toch aantrekkelijk is.

#### Voorbeeld

Uitgaande van de hiervoor beschreven casus, heeft de verkoop van de bloot eigendom de volgende gevolgen.

Schenkbelasting:	n.v.t.
Overdrachtsbelasting:	€ 15.660 <sup>86</sup>
Erfbelasting	€ 37.800 <sup>87</sup>
Totaal:	€ 53.460

Het voordeel ten opzichte van niets doen, bedraagt in deze casus € 13.552. Ook bij deze berekening ben ik er weer van uitgegaan dat de ouder in hetzelfde jaar als wanneer de bloot eigendom wordt overgedragen, komt te overlijden.

Ook bij deze mogelijkheid is een nadeel dat belastingheffing naar voren wordt gehaald. Dit nadeel wordt beperkt, doordat de betaalde koopsom voor de bloot eigendom oprent in het vermogen van de kinderen. De koopsom vermeerderd met het rendement verkleint de toekomstige nalatenschap van de ouders.

Wanneer de ouders de volledige eigendom (weer) verkrijgen, valt de woning bij de ouders geheel in box 1. Rente die de ouders aan de kinderen over de eventueel schuldiggebleven koopsom, moeten vergoeden, is dan ook bij hen aftrekbaar in box 1. De kinderen worden niet meer geconfronteerd met een jaarlijkse heffing over de waarde van hun bloot eigendom in box 3.

<sup>86</sup> 6% x waarde van het bloot eigendom van  
€ 261.000 = € 15.660.

<sup>87</sup> 20% (verondersteld tarief) x (de waarde van de  
woning ad. € 450.000 minus de koopsom ad  
€ 261.000) = € 37.800

### 5.3 Terugkoop en de 180-dagen-termijn

Ten opzichte van het afstand doen van het vruchtgebruik, heeft deze variant een voordeel. In deze variant is de 180-dagen regeling van art. 10 Successiewet naar mijn mening niet van toepassing. Wanneer de bloot eigendom wordt teruggekocht, verkrijgen de ouders de volledige eigendom van de woning. Omdat de woning civielrechtelijk tot de nalatenschap behoort, wordt bij overlijden de woning op basis van art. 1 Successiewet in de belastingheffing betrokken. Naar mijn mening wordt dan niet meer aan art. 10 Successiewet toegekomen. Een fictiebepaling is naar mijn mening immers pas van toepassing wanneer het desbetreffende vermogensbestand-deel niet reeds civielrechtelijk tot de nalatenschap behoort.

Het overdragen van de bloot eigendom kan zelfs nog interessant zijn in het zicht van overlijden van de vruchtgebruiker. Zeker wanneer bij de overdracht wordt uitgegaan van de werkelijke waarde van het vruchtgebruik/bloot eigendom in plaats van de tabellen van het Uitvoeringsbesluit van de Successiewet (zie paragraaf 5.4).

### 5.4 Welke waarde?

Bij de bovenstaande berekeningen ben ik voor de waarde van het vruchtgebruik/bloot eigendom ten tijde van de koop van de bloot eigendom, uitgegaan van de tabellen in het Uitvoeringsbesluit van de Successiewet. In de praktijk zal dit ook vaak worden gedaan. Maar moet hier wel van uit worden gegaan?

Naar mijn mening moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Genoemde tabellen creëren namelijk geen belastbaar feit (belastbare schenking), maar bepalen de hoogte van het voordeel van het belastbare feit, wanneer dit op grond van art. 1 Successiewet (dan wel een fictiebepaling) is geconstateerd. Wanneer de waarde van de bloot eigendom ten tijde van de terugkoop wordt vastgesteld overeenkomstig de waarde in het economische verkeer, waarbij onder andere rekening wordt gehouden met de levenskansen van vruchtgebruiker, is er geen sprake van een vermogensverschuiving en kan dit niet een schenking met zich meebrengen.

### 5.5 Terugkopen in het zicht van overlijden

Zoals hiervoor aangegeven bepalen de levenskansen van de vruchtgebruiker mede de waarde van de bloot eigendom. Het kan hierdoor aantrekkelijk zijn om de bloot eigendom terug te kopen in het zicht van overlijden van de vruchtgebruiker. Wanneer de vruchtgebruiker op sterven ligt, is de waarde van het vruchtgebruik bijna niets meer waard. De waarde van de bloot eigendom is derhalve zeer hoog. Met dit bedrag vermindert de nalatenschap van de ouder. Hierdoor wordt in feite de woning per saldo slechts voor een geringe waarde dan wel geheel niet belast.

Dit in tegenstelling tot wanneer de situatie gehandhaafd zou blijven en art. 10 Successiewet sowieso van toepassing is (zie hiervoor onder paragraaf 3.1).

Zoals ik hierboven heb aangegeven, is naar mijn mening art. 10 Successiewet niet van toepassing, wanneer de terugkoop wordt gedaan binnen 180 voor overlijden. De fictie van art. 10 Successiewet bewerkstelligt dat het pand tot de nalatenschap wordt gerekend, maar aangezien dit pand reeds civielrechtelijk tot de nalatenschap behoort, sorteert dit artikel dus geen effect. Het 'probleem' is gelegen in het feit dat de koopsom, betaald voor de bloot eigendom, de nalatenschap vlak voor overlijden heeft verlaten. Er is geen fictiebepaling op grond waarvan die koopsom kan worden teruggerekend aan de nalatenschap. De inspecteur zou hooguit kunnen stellen dat er sprake is van een schijnhandeling, nu het kind de blote eigendom aan de ouder verkoopt om korte tijd later de volle eigendom (krachtens erfrecht) terug te krijgen.

## 6 Conclusie

In deze bijdrage heb ik laten zien dat er zeker mogelijkheden zijn om de nadelige gevolgen die per 1 januari 2010 zijn ontstaan voor niet krachtens erfrecht gevestigde vruchtgebruiken, te beperken. Welke mogelijkheid in de desbetreffende situatie het meest wenselijk is, is afhankelijk van een aantal factoren. De leeftijd van de vruchtgebruiker(s), de waarde van de woning nu en destijds, de in het verleden betaalde koopsom, het aantal jaren dat is verstreken zijn hierbij bijvoorbeeld van belang. Per individuele situatie zal derhalve moeten worden bekeken wat de beste oplossing is.

---

# HET NIEUWE (GECOÖRDINEERDE) PARTNERBEGRIIP IN DE INKOMSTENBELASTING EN SUCCESSIEWET

mr. N.C.G. Gubbels

## 1 Inleiding

Voor de belastingheffing kan het relevant zijn of men alleenstaand is of een partner heeft. Dit is vooral van belang in de op draagkracht gebaseerde (belasting)wetten, zoals de inkomstenbelasting, de Successiewet en de Algemene Wet Inkomensafhankelijke Regelingen (AWIR). Tot 1 januari 2011 heeft iedere wet zijn eigen criteria om te beoordelen of men als partner kwalificeert. Zo is het mogelijk dat men voor de Successiewet geen partner is, voor de AWIR wel en dat men voor de inkomstenbelasting kan kiezen of men partner wil zijn.

Het zal duidelijk zijn dat deze verscheidenheid niet ten goede komt aan de rechtszekerheid. De in 2009 aangekondigde harmonisatie van het partnerbegrip is vanuit dat oogpunt dan ook zeer wenselijk.<sup>88</sup> In de Fiscale Vereenvoudigingswet 2010 heeft men daartoe al de belangrijkste aanzet gegeven. Deze wet, waarin het partnerbegrip zoals dat geldt voor de inkomstenbelasting en de AWIR ingrijpend wordt gewijzigd, is eind 2009 aangenomen en de betreffende bepalingen voor de inkomstenbelasting traden op 1 januari 2011 in werking.<sup>89</sup> De wijzigingen betreffen zowel de gehuwden als de ongehuwd samenwonenden. Omdat bij de herziening van de Successiewet 1956 de partnerregeling al vergaand is gewijzigd, zijn de wijzigingen die in de Successiewet plaatsvinden minimaal.<sup>90</sup>

Hierna ga ik in paragraaf 2 kort in op het basispartnerbegrip zoals dat wordt opgenomen in de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR). Vervolgens besteed ik in paragraaf 3 aandacht aan het huidige en nieuwe partnerbegrip in de IB en de gevolgen daarvan voor de fiscale en notariële adviespraktijk. In paragraaf 4 besteed ik kort aandacht aan het partnerbegrip in de SW, waarna ik in paragraaf 5 beoordeel of de partnerbegrippen in de IB en SW voldoende op elkaar zijn afgestemd. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

## 2 Hoofdpijnen voorgesteld basispartnerbegrip

Met ingang van 1 januari 2011 is in de AWR het 'basispartnerbegrip' opgenomen. Het nieuwe art. 5a geeft een partnerdefinitie die in beginsel geldt voor alle belastingwetten. In de afzonderlijke belastingwetten kan daarvan worden afgeweken.

In art. 5a AWR wordt als partner aangemerkt de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot<sup>91</sup> en de ongehuwd meerderjarige samenwonenden die een notarieel samenlevingscontract zijn aangegaan en samen op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie staan ingeschreven. Als men in de loop van het kalenderjaar in het huwelijk treedt of een notarieel samenlevingscontract afsluit, wordt men toch in de daaraan voorafgaande maanden in het kalenderjaar als partner aangemerkt mits men gedurende die periode stond ingeschreven op hetzelfde adres in de gemeentelijke basisadministratie. Hetzelfde geldt voor de beëindiging van het partnerschap tussen ongehuwd samenwonenden. Zolang men staat ingeschreven op hetzelfde adres blijft men partner in dat kalenderjaar. Het partnerschap eindigt voor voor gehuwden op het moment dat een verzoek is ingediend tot ontbinding van het huwelijk of scheiding van tafel en bed en men niet meer op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens staat ingeschreven.

Tot slot is uitdrukkelijk geregeld dat men op enig moment slechts één partner kan hebben. Als men meer dan een echtgenoot heeft of partner met een samenlevingscontract, geldt de oudste verbintenis.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Brief van 15 april 2009, *Kamerstukken II* 2008-2009, 27 789, nr. 18.

<sup>89</sup> Wet van 23 december 2009 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Fiscale vereenvoudigingswet 2010), *Stb.* 2009, 611. De bepalingen die betrekking hebben op de AWIR (waarin de huur-, zorg- en kinderopvangtoeslag is geregeld) treden nog niet in werking omdat de voorgestelde wijzigingen ertoe leiden dat 'samen-gestelde gezinnen' fiscale voordelen of voordelen in de zin van de toeslagen genieten ten opzichte van 'traditionele gezinnen'. Omdat de staatssecretaris de mening van de Tweede Kamer deelt dat dit ongewenst is, wordt daarvoor eerst een oplossing gezocht voordat het partnerbegrip voor de Toeslagen gaat gelden. Brief van 10 december 2010, DB/ 2010/274 U.

<sup>90</sup> De wijzigingen zijn opgenomen in wetsvoorstel 32 505, Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2011).

<sup>91</sup> Op grond van art. 2, zesde lid AWR wordt de geregistreerde partner met echtgenoot gelijkgesteld.

<sup>92</sup> Als de belastingplichtige met meerdere personen één notarieel samenlevingscontract heeft afgesloten, kwalificeren geen van allen als partner.

### 3 Partnerbegrip in de inkomstenbelasting voor en na 1 januari 2011

#### 3.1 Partnerbegrip tot 1 januari 2011

In de inkomstenbelasting zoals die geldt tot 1 januari 2011 worden gehuwden als partner aangemerkt. Zij hebben geen keuzemogelijkheid en zij hoeven niet (gedurende een bepaalde periode) samen te wonen. Het partnerschap eindigt op het moment dat de gehuwden duurzaam gescheiden gaan leven.

Ongehuwd samenwonenden zijn slechts partner als ze beiden meerderjarig zijn, in het kalenderjaar gedurende meer dan zes maanden een gezamenlijke huishouding hebben gevoerd en gedurende die periode op hetzelfde adres staan ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie en zij gekozen hebben voor het partnerschap.<sup>93</sup>

#### 3.2 Manco's huidig partnerbegrip

Op het partnerbegrip in de inkomstenbelasting is in de wetenschappelijke literatuur de nodige kritiek uitgeoefend.<sup>94</sup> Een belangrijk deel van de kritiek betreft de keuzemogelijkheid voor ongehuwd samenwonenden. Ongehuwd samenwonenden kunnen jaarlijks kiezen of zij als partner worden aangemerkt.<sup>95</sup> Hieraan zijn twee belangrijke nadelen verbonden. In de eerste plaats veroorzaakt dit een ongelijke behandeling ten opzichte van gehuwden die deze keuzemogelijkheid niet hebben. In de tweede plaats bleek ook de wetgever moeite te hebben met de keuzemogelijkheid waardoor voor tal van regelingen het keuzerecht ongedaan is gemaakt. Het gevolg daarvan is een bonte verzameling van partnerbegrippen in de inkomstenbelasting. Naast het formele partnerbegrip van art. 1.2 kent de wet nog de:

- personen die tot het huishouden behoren (bijv. art. 3.6, derde lid, 3.15, zevende lid, 3.46, eerste lid, art. 3.58, derde lid, 3.101 en 6.4, en 5.3);
- verbonden persoon (3.30a, negende lid, 3.91 en 3.92, 3.92b, vijfde lid, 8.14a, vierde lid);
- persoon met wie men een duurzaam gemeenschappelijke/gezamenlijke huishouding voert (art. 3.116, tweede lid en 3.118, 3.119a, 3.120);
- persoon waarmee men een gezamenlijke huishouding voert (6.17, 8.15 en 8.16), en de
- ongehuwd samenwonend in de zin van de AOW (art. 8.18).

Door de vele partnerbegrippen binnen de inkomstenbelasting is het maar zeer de vraag of belastingplichtigen de gevolgen van hun keuze om al dan niet als partners te worden aangemerkt, kunnen overzien. Illustratief in dit verband is de belastingplichtige die voor het Hof aangaf door onbekendheid en/of onwetendheid geen kruisje te hebben gezet in het vakje 'ja' bij de vraag 'Kiest u samen met uw huisgenoot voor het fiscale partnerschap'.<sup>96</sup> De keuzemogelijkheid leidt in dit geval tot rechtsonzekerheid.

Een ander manco van het huidige partnerbegrip zijn de subjectieve criteria die niet alleen door de Belastingdienst lastig te controleren zijn (zonder te diep in te grijpen in het persoonlijke leven van belastingplichtigen), maar ook door belastingplichtigen eenvoudig te manipuleren zijn. Het meest in het oog springende voorbeeld daarvan is het begrip 'duurzaam gescheiden leven'.<sup>97</sup> Van duurzaam gescheiden leven is volgens vaste jurisprudentie sprake indien: *'zich te hunnen aanzien de toestand voordoet, dat ieder afzonderlijk zijn eigen leven leidt als ware hij niet met den ander gehuwd, en deze toestand door de echtgenoten, althans door één hunner, als bestendig is bedoeld'*.<sup>98</sup>

Het antwoord op de vraag of ieder zijn eigen leven leidt alsof hij/zij niet met de ander was gehuwd, zou wellicht afgeleid kunnen worden uit feitelijke omstandigheden. Dat dit uit uitvoeringstechnisch oogpunt tot haast onoverkomelijke problemen zal leiden, is nog zwak uitgedrukt. Dit blijkt uit de volgende procedure waarin de inspecteur er wel in slaagde aannemelijk te maken dat van duurzaam gescheiden leven geen sprake was omdat: *'(...) zij slechts nu en dan op het adres van een van beiden met elkaar een dag doorbrengen en op het adres in Z ook wel een nacht en dat zij met elkaar uitgaan naar schouwburg en dergelijke en gezamenlijk met vakantie gaan'*.<sup>99</sup>

De vraag of de situatie van gescheiden leven als bestendig is bedoeld, zal veelal niet afgeleid kunnen worden uit feitelijke omstandigheden. Als één van de echtgenoten in verband met huwelijksproblemen de echtelijke woning verlaat, zou tot het moment dat een

<sup>93</sup> Ingeval van overlijden geldt de zesmaandstermijn niet mits in het jaar voor overlijden is gekozen voor het partnerschap, art. 1.2, tweede lid, Wet IB 2001.

<sup>94</sup> Zie o.a. mijn bijdrage in A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, p. 168-185. Vgl. ook de kritiek van R.A. de Mooij en L.G.M. Stevens, 'Fiscaal-economische uitdagingen voor een volgend kabinet', *WFR* 2006/275, par. 5 waarin ze ingaan op het naar hun mening rommelig uitgewerkte partnerbegrip dat niet alleen leidt tot een verschillende behandeling van gehuwden en ongehuwd samenwonenden maar ook veel 'administratieve rompslomp' veroorzaakt en R.E.C.M. Niessen, 'Ongelijke behandeling van gehuwden en ongehuwden', *WFR* 2001/763 die de keuze-mogelijkheid en de daaruit voortvloeiende ongelijke behandeling van gehuwden ten opzichte van ongehuwd samenwonenden benadrukt.

<sup>95</sup> Ook in de evaluatie van de Wet Inkomstenbelasting 2001, het rapport 'Breder, lager, eenvoudiger? Een evaluatie van de belastingherziening 2001' is aangegeven dat met name aan de keuzemogelijkheid voor ongehuwd samenwonenden diverse haken en ogen zitten. *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 375, nrs. 1-2, p. 115-126.

<sup>96</sup> Hof Amsterdam 11 mei 2004, *VN* 2004/48.11.

<sup>97</sup> Ook het begrip 'gezamenlijke huishouding' is zeer lastig te controleren. Het op 1 januari 2001 ingevoerde keuzerecht was volgens de staatssecretaris van Financiën mede ingegeven vanuit de gedachte dat het 'tandenborstels tellen' achterwege zou kunnen blijven (brief van de staatssecretaris van Financiën van 30 juni 2006, *VN* 2006/37.10). Waarop deze gedachte is gebaseerd is mij echter onduidelijk. De voorwaarde dat belastingplichtigen een gezamenlijke huishouding moeten voeren bleef immers in de wet staan.

<sup>98</sup> HR 28 maart 1951, *B* 8968.

<sup>99</sup> HR 21 februari 1973, *BNB* 1973/89.



**100** Hof Arnhem 15 juni 1983, VN 1984, p. 1655.

Zie ook Hof Amsterdam 24 oktober 2002, *NTFR* 2002/1742 waarin het Hof haar oordeel dat de echtgenoten ondanks het hertrouwen duurzaam gescheiden leven, baseert op een verklaring van een der partijen.

**101** Dit is slechts anders voor art. 3.111, vierde lid en achtste lid. Voor deze bepalingen blijft het begrip duurzaam gescheiden van belang. Zie par. 3.5.2 hierna.

**102** Tot 1 januari 2011 is geregeld dat men op verzoek partner blijft van elkaar. Met ingang van 1 januari 2011 geldt zowel voor de IB als de SW dat men partner blijft mits niet een derde als partner kwalificeert, tenzij een van de belastingplichtigen aangeeft dit niet meer te zijn.

**103** De opname moet zijn geschied vanwege medische redenen of ouderdom. Deze toevoeging lijkt me overbodig, omdat dit noodzakelijke voorwaarden zijn om in een verpleeg- of verzorgingshuis opgenomen te kunnen worden.

**104** Art. 1.2, derde lid Wet IB 2001. Eerst geldt het criterium uit art. 5a AWR (notarieel samenlevingscontract) en daarna de in art. 1.2 Wet IB 2001 genoemde voorwaarden.

echtscheidingsprocedure wordt gestart eraan getwijfeld kunnen worden of de situatie als bestendig is bedoeld. Indien dit niet uit de feiten kan worden afgeleid, zal moeten worden aangesloten bij het standpunt van de echtgenoten daaromtrent.<sup>100</sup>

### 3.3 Partnerbegrip met ingang van 1 januari 2011

In het nieuwe partnerbegrip zijn niet van tafel en bed gescheiden gehuwden altijd partner van elkaar, tenzij een verzoek is ingediend tot scheiding van tafel en bed respectievelijk ontbinding van het huwelijk én de echtgenoten niet (meer) op hetzelfde adres staan ingeschreven in de basisadministratie van de gemeente. Dit betekent dat voor het einde van het partnerschap in principe niet meer wordt aangesloten bij de feitelijke toestand van duurzaam gescheiden leven maar bij het formele – en dus objectief kenbare – echtscheidingsverzoek.<sup>101</sup>

Ook voor ongehuwd samenwonenden is de feitelijke situatie, het voeren van een gezamenlijke huishouding, vervangen door objectieve criteria. In het nieuwe partnerbegrip zijn ongehuwd samenwonenden partner van elkaar als ze staan ingeschreven op hetzelfde adres in de basisadministratie van de gemeente en ze voldoen aan één van de volgende voorwaarden:

- ze hebben een notarieel samenlevingscontract, of
- ze hebben samen een kind of men heeft het kind van de ander erkend, of
- (een van) de partner(s) is (zijn) als zodanig aangemeld voor de pensioenregeling, of
- ze hebben gezamenlijk de (economische) eigendom van de woning die hun als hoofdverblijf ter beschikking staat.

Als ongehuwd samenwonenden niet op hetzelfde adres staan ingeschreven in de basisadministratie vanwege opname in een verzorgings- of verpleeghuis, is analoog aan de regeling in de Successiewet<sup>102</sup>, geregeld dat het partnerschap blijft bestaan zolang ten aanzien van geen van beiden een derde als partner kan worden aangemerkt.<sup>103</sup> Het partnerschap wordt in dat geval wel beëindigd als een van beide partners aan de Belastingdienst te kennen geeft niet meer als partner te willen worden aangemerkt.

Niet veranderd is de voorwaarde dat belastingplichtigen slechts één partner kunnen hebben. In art. 5a AWR is daartoe een regeling getroffen voor het geval de belastingplichtige met meerdere personen is gehuwd of met meerdere personen een notarieel samenlevingscontract heeft gesloten. In dat geval wordt alleen de echtgenoot/samenwoner uit de oudste verbintenis als partner aangemerkt. In art. 1.2 Wet IB 2001 is een aanvullende regeling getroffen voor de situatie dat de belastingplichtige met meerdere personen op hetzelfde adres staat ingeschreven en voldoet aan een van de overige hierboven genoemde voorwaarden, bijvoorbeeld omdat hij met de een een notarieel samenlevingscontract heeft en met de ander een kind heeft. Daarvoor is in art. 1.2 bepaald dat de eerstgenoemde categorie in de wet voorrang heeft.<sup>104</sup> In dit voorbeeld betekent dit dat de belastingplichtigen die een notarieel samenlevingscontract hebben partners zijn van elkaar. Het is niet duidelijk hoe moet worden omgegaan met de situatie dat de samenwoners binnen dezelfde wettelijke categorie vallen, bijvoorbeeld omdat de belastingplichtigen gezamenlijk de eigendom van de woning hebben. Omdat wel is bepaald dat de belastingplichtige slechts één partner kan hebben, zijn er twee mogelijkheden: belastingplichtige kan zelf aangeven wie zijn partner is of geen van de samenwoners kwalificeert als partner. Omdat deze situatie niet is geregeld en belastingplichtige met de partner die hij zelf aanwijst wel aan alle voorwaarden van art. 1.2 Wet IB 2001 voldoet, lijkt me de eerste optie de aangewezen weg.

Ook de minimale samenwoningsperiode van 6 maanden is vervallen. Men is partner voor de periode dat men aan de voorwaarden van art. 1.2 voldoet. Indien men staat ingeschreven op hetzelfde adres maar pas daarna in dat kalenderjaar aan de andere voorwaarde van art. 1.2 Wet IB 2001 gaat voldoen, loopt de partnerschapsperiode vanaf het moment dat ze staan ingeschreven op hetzelfde adres. Als men bijvoorbeeld op 1 maart gaat samenwonen en men zich op hetzelfde adres laat inschrijven en in november een notarieel samenlevingscontract sluit, is men vanaf 1 maart partner van elkaar. De mogelijkheid om de inkomens- en vermogensbestanddelen vrij toe te rekenen bestaat alleen indien men het gehele jaar partner is van elkaar. De regeling van art. 2.17, zevende lid Wet IB 2001 dat men bij deeljaarpartnerschap kan kiezen voor voljaarpartnerschap, blijft echter bestaan. Doordat de minimale samenwoonperiode is vervallen, kunnen samenwoners zowel in het kalenderjaar dat de samenwoning aanvangt als in het kalenderjaar dat de samenwoning wordt beëindigd, altijd kwalificeren als

partner en dus – door te kiezen voor het voljaarparterschap in art. 2.17 – in dat jaar de inkomens- en vermogensbestanddelen vrij toerekenen. De huidige specifieke regeling dat niet kan worden voldaan aan de zesmaandstermijn door het overlijden van de samenwoner is daardoor overbodig geworden. Het vervallen van een minimale partnerschapsperiode leidt tot een verdere gelijkstelling van gehuwden met ongehuwd samenwonenden.

Tot slot kan worden opgemerkt dat de bestaande uitzonderingen op de partnerschapskwalificatie blijven bestaan. Dit betekent dat bloedverwanten in de rechte lijn niet als partner kunnen kwalificeren, tenzij ze beiden bij de aanvang van het kalenderjaar de leeftijd van 27 jaar hebben bereikt. Ook de buitenlands belastingplichtige die niet kiest voor behandeling als binnenlands belastingplichtige, kan niet als partner worden aangemerkt.

### 3.4 Beoordeling partnerbegrip in de inkomstenbelasting

Met het voorgestelde partnerbegrip wordt een aanzienlijke vereenvoudiging bereikt en de rechtszekerheid bevorderd. Het huidige aantal van zes verschillende partnercategorieën is teruggebracht tot twee: het formele partnerbegrip van art. 1.2 Wet IB 2001 en de categorie 'personen die tot het huishouden' behoren.<sup>105</sup> Ook het vervallen van het keuzerecht en de minimale samenwoonperiode voor ongehuwd samenwonenden zijn als positief te beoordelen omdat ze de rechtszekerheid bevorderen en leiden tot een verdere gelijkstelling van gehuwden met ongehuwd samenwonenden.

Het vervallen van de voorwaarde dat men een 'gezamenlijke huishouding' moet voeren is naar mijn mening eveneens een verbetering. Of belastingplichtigen werkelijk een gezamenlijke huishouding voeren is voor de inspecteur zeer lastig te controleren en kan bovendien een onaantvaardbare inbreuk maken op de privacy van belastingplichtigen. De nieuwe voorwaarden lijken een goede aanwijzing te vormen voor de vraag of belastingplichtigen werkelijk partners zijn. Dat dit niet altijd overeenkomt met de realiteit, omdat er belastingplichtigen onder zullen vallen die feitelijk geen partners van elkaar zijn of andersom<sup>106</sup>, is inherent aan een definitie. Men probeert de situatie die men voor ogen heeft zo goed mogelijk in woorden te vangen, maar zal daar nooit volledig in slagen.<sup>107</sup> In dat licht lijken de nieuwe voorwaarden een zeer geslaagde poging.

Hetzelfde geldt voor de beëindiging van het partnerschap voor gehuwden. Het zeer lastig te controleren – en vaak van de wil van belastingplichtigen afhankelijke – begrip 'duurzaam gescheiden leven' is vervangen door het objectief kenbare echtscheidingsverzoek. In de praktijk blijkt ook dit nieuwe beëindigingsmoment niet de volledige lading te dekken. Met enige regelmaat doen zich situaties voor dat de belastingplichtigen reeds vele jaren duurzaam gescheiden leven maar geen echtscheidingsverzoek willen (of kunnen)<sup>108</sup> indienen. Het probleem in de huidige inkomstenbelasting is daarentegen dat belastingplichtigen zich (kunnen) presenteren als duurzaam gescheiden levend maar dat feitelijk niet blijken te zijn.<sup>109</sup> Een alternatief voor de voorgestelde regeling zou zijn om ook voor gehuwden de voorwaarde te stellen dat ze samenwonen.<sup>110</sup> Maar ook deze voorwaarde is niet toereikend. Er zijn immers gehuwden die niet samenwonen maar ook niet duurzaam gescheiden leven.<sup>111</sup> Ook hier geldt dus dat een 100% op maat gesneden regeling niet voorhanden is. Het voorgestelde beëindigingsmoment lijkt mij het meest geschikt. Pas op het moment dat het echtscheidingsverzoek is ingediend, is voor alle partijen duidelijk dat de relatie is beëindigd. Dat bij dit moment voor de belastingheffing wordt aangesloten is naar mijn mening dus terecht.<sup>112</sup> Om tegemoet te komen aan de situaties in de praktijk waarin de echtgenoten wel duurzaam gescheiden leven maar het indienen van het echtscheidingsverzoek op overtuigende bezwaren stuit, zou bepaald kunnen worden dat echtgenoten bij de inspecteur het (gemotiveerde) verzoek kunnen indienen om niet als partner te worden aangemerkt. Indien belastingplichtigen zwaarwegende argumenten kunnen aanvoeren voor het niet-indienen van het echtscheidingsverzoek, zou de inspecteur op een voor bezwaar vatbare beschikking alsnog kunnen beslissen dat het partnerschap is beëindigd.

### 3.5 Gevolgen voor de inkomstenbelasting

#### 3.5.1 Ongehuwd samenwonenden

Met ingang van 1 januari 2011 bestaat de mogelijkheid dat ongehuwd samenwonenden die eerst geen partner waren – omdat ze daarvoor niet hebben gekozen – dit wel dwingend worden.

<sup>105</sup> Een verdere stroomlijning kan worden bereikt door ook voor de categorie personen die tot het huishouden behoren, het formele partnerbegrip te hanteren eventueel aangevuld met minderjarige kinderen

<sup>106</sup> Denk aan de broer en zus die gezamenlijk de woning van hun ouders erven (verplicht fiscaal partner terwijl ze feitelijk geen partner zijn) of de belastingplichtigen die een gezamenlijke huishouding voeren maar niet aan een van de in art. 1.2 Wet IB 2001 opgesomde voorwaarden voldoen (geen fiscale partners terwijl ze dit feitelijk wel zijn).

<sup>107</sup> Omdat de werkelijkheid te divers is of omdat de belastingplichtigen anticiperen op de nieuwe definitie.

<sup>108</sup> Een echtscheidingsverzoek kan door een van de echtgenoten worden ingediend. Juridisch zal er dus zelden een beletsel zijn om het echtscheidingsverzoek in te dienen. In de praktijk kan de formele echtscheiding echter tot financiële problemen leiden, waardoor de facto een echtscheidingsverzoek niet kan worden ingediend. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat een van de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten een onderneming drijft en het 'uitkopen' van zijn echtgenote het einde van de onderneming zou betekenen.

<sup>109</sup> De reden daarvoor kan zijn dat men twee woningen heeft die men allebei als eigen woning wenst aan te merken. Partners kunnen slechts één woning als eigen woning in box 1 hebben.

<sup>110</sup> Dus op hetzelfde adres in de gemeentelijke basisadministratie staan ingeschreven.

<sup>111</sup> Zie bijvoorbeeld HR 11 juni 2010, VN 2010/28.15.

<sup>112</sup> Binnen de eigenwoningregeling blijft het duurzaam gescheiden leven van belang als beëindigingsgrond. Op de uitzondering voor de eigenwoningregeling besteed ik in par. 3.5.2 aandacht.



**113** Voor de terbeschikkingstellingsregeling werd men bijvoorbeeld als partner aangemerkt indien men had kunnen kiezen voor het fiscale partnerschap en ook voor de eigenwoningregeling was in art. 3.120, vierde lid, onderdeel c en art. 3.120, negende lid, de werking uitgebreid met de belastingplichtige met wie men een 'duurzame gemeenschappelijke huishouding' voert.

**114** Op 1 januari behoren de aandelen dan niet meer tot de peildatum van box 3.

**115** Dat heeft geen gevolgen voor box 3 omdat in die periode geen peildatum zit. Voor box 1 is het gevolg dat de rente over de maanden waarin ze geen partner zijn, niet in aftrek komt.

**116** Alleen voor de kapitaalverzekering eigen woning geldt een overgangsregeling. Als de partners met ingang van 1 januari geen fiscale partner meer zijn, kan het voorkomen dat de kapitaalverzekering niet meer aan de eisen van art. 3.116 Wet IB 2001 voldoet. Dit betreft de situatie dat de woning eigendom is van een van beiden en de aan de hypotheek gekoppelde kapitaalverzekering op naam staat van de ander. Er is dan geen sprake meer van een kapitaalverzekering eigen woning omdat daarvoor is vereist dat de belastingplichtige of zijn partner een eigen woning heeft. Dit zou betekenen dat 1 januari 2011 afgetrokken zou moeten worden over de rentecomponent van de kapitaalverzekering. Artikel XXVIA voorkomt dit. *Kamerstukken II 2009/2010, 32 130, nr. 12.*

**117** In de Eerste Kamer wordt door de CDA-fractie terecht opgemerkt dat het achterhalen van benodigde informatie bij de echtgenoot in de praktijk – vooral bij gestoorde verhoudingen – tot allerlei problemen kan leiden.

**118** Als een inkomens- of vermogensbestanddeel niet volledig wordt aangegeven, wordt automatisch uitgegaan van een toerekening bij helfte.

**119** Wetsvoorstel 32 401 (Fiscale verzamelwet 2010). In de jaren daarvoor kan worden gekozen voor een toerekening bij helfte conform het besluit van de staatssecretaris of kan het vermogensbestanddeel worden toegerekend aan de bestuursbevoegde. In wetsvoorstel 32 401 is overgangsrecht opgenomen op grond waarvan o.a. de overgang naar een 50-50 toerekening geruisloos kan plaatsvinden (art. XXIII).

Omdat het formele partnerbegrip voor tal van regelingen is vervangen door of uitgebreid met een materieel partnerbegrip, zal dit slechts zelden tot nadelige fiscale gevolgen leiden.<sup>113</sup> Een voorbeeld waarin dit zich wel kan voordoen is de aanmerkelijkbelangregeling. Ongehuwd samenwonenden die samen weliswaar 5% of meer, maar ieder afzonderlijk minder dan 5%, van de aandelen in dezelfde BV bezitten hebben geen aanmerkelijk belang indien zij geen partner zijn. Als de ongehuwd samenwonenden in de inkomstenbelasting tot 2011 ieder 4% van de aandelen hebben in de BV en niet kiezen voor het fiscale partnerschap, hebben ze geen aanmerkelijk belang. De aandelen behoren in dat geval tot de rendementsgrondslag van box 3. Als de ongehuwd samenwonenden wel voldoen aan de voorwaarden van art. 1.2 Wet IB 2001 zoals dat met ingang van 1 januari 2011 luidt, omdat ze staan ingeschreven op hetzelfde adres en bijvoorbeeld samen een woning hebben, zijn ze verplicht partner. Door de samentelbepaling van art. 4.6 wet IB 2001 zijn ze dan met ingang van 1 januari 2011 allebei aanmerkelijkbelanghouder.<sup>114</sup>

De omgekeerde situatie zal zich naar verwachting vaker voordoen. Ongehuwd samenwonenden die tot 2011 kunnen kiezen voor het fiscale partnerschap en dat ook hebben gedaan, maar met ingang van 1 januari 2011 geen partner meer zijn van elkaar omdat ze niet voldoen aan de nieuwe voorwaarden van art. 1.2 Wet IB 2001. Zij hebben dan vanaf 1 januari 2011 niet meer de mogelijkheid om bijvoorbeeld de inkomens- en vermogensbestanddelen of het heffingvrije vermogen vrij toe te rekenen. Als dit niet gewenst is, kunnen ze dit zelf oplossen door bijvoorbeeld de ander aan te melden voor de pensioenregeling of een notarieel samenlevingscontract te sluiten. Als dit in de loop van 2011 gebeurt, is men toch het volledige kalenderjaar elkaars partner als men vanaf 1 januari 2011 reeds stond ingeschreven op hetzelfde adres in de basisadministratie van de gemeente.

Als men pas in de loop van het kalenderjaar op hetzelfde adres staat ingeschreven, vangt het partnerschap op dat moment aan mits men in dat kalenderjaar tevens aan een van de overige eisen van art. 1.2 wet IB 2001 voldoet. Voor de vrije toerekeningsmogelijkheid is het geen probleem dat men slechts een deel van het kalenderjaar elkaars partners is. In art. 2.17 Wet IB 2001 wordt immers de mogelijkheid geboden om bij deeljaarpartnerschap te kiezen voor voljaarpartnerschap. Dat geldt echter niet voor de andere regelingen waarvoor het fiscale partnerschap van belang is, zoals de eigenwoningregeling. Stel dat samenwoners een eigen woning hebben die eigendom is van één van beiden maar waarvoor ze beiden een schuld zijn aangegaan. De woning is dan voor de schuldenaar die geen eigendom heeft, toch een eigen woning mits de partner de eigendom heeft. Als ze pas in de loop van 2011 fiscaal partner worden, behoort de schuld van de belastingplichtige/schuldenaar zonder eigendom voor de maanden waarin ze geen partner zijn, tot de rendementsgrondslag van box 3.<sup>115</sup> Dat ze toch voor het volledige jaar de inkomens- en vermogensbestanddelen vrij toe kunnen rekenen, doet daar niet aan af. Voordat wordt toegekomen aan de toerekening, moet het inkomens- of vermogensbestanddeel eerst worden gekwalificeerd.<sup>116</sup>

### 3.5.2 Gehuwden

Voor gehuwden die vóór 1 januari 2011 duurzaam gescheiden leven en (nog) geen echtscheidingsverzoek hebben ingediend, kunnen de gevolgen eveneens ingrijpend zijn. Zij worden met ingang van 1 januari 2011 weer fiscaal partner van elkaar. Een van de gevolgen daarvan is dat zij de gemeenschappelijke inkomens- en vermogensbestanddelen onderling moeten verdelen. Het laat zich denken dat dit geen wenselijke situatie is als echtgenoten verwikkeld zijn in een echtscheiding.<sup>117</sup> Hoewel men ieder zijn eigen inkomens- en vermogensbestanddelen kan aangeven, zal enige afstemming toch wenselijk zijn om te voorkomen dat het inkomens- of vermogensbestanddeel niet volledig wordt aangegeven.<sup>118</sup> Ook de terbeschikkingstellingsregeling kan herleven indien de echtgenoot een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt aan de BV van de andere echtgenoot. Als het gaat om in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten is deze situatie aan de orde indien het vermogensbestanddeel voor de terbeschikkingstellingsregeling aan iedere echtgenoot voor de helft is toegerekend. Met ingang van 1 januari 2011 is toerekening bij helfte wettelijk voorgeschreven.<sup>119</sup>

Ook voor de aanmerkelijkbelangregeling kan de hernieuwde fiscale partnerstatus gevolgen hebben: voor de vraag of sprake is van een aanmerkelijk belang worden de aandelenbelangen van de echtgenoten weer samengeteld omdat ze fiscaal partner zijn.

Verreweg de meeste belastingplichtigen die in 2011 duurzaam gescheiden leven zonder een echtscheidingsverzoek te hebben ingediend, zullen echter te maken krijgen met de mogelijke gevolgen voor de eigenwoningregeling. Als de echtgenoten een eigen woning hebben en één van de echtgenoten verlaat de woning, kan eraan worden getwijfeld of de woning aan deze echtgenoot nog als hoofdverblijf ter beschikking staat. In de wettelijke regeling tot 1 januari 2011 is het belang van deze vraag niet zo groot omdat de woning nog gedurende maximaal 24 maanden ook voor de woningverlater als eigen woning wordt aangemerkt (art. 3.111, vierde lid Wet IB 2001).<sup>120</sup> Een voorwaarde daarvoor is dat de woning zijn *gewezen* partner als hoofdverblijf ter beschikking staat. In het voorgestelde partnerbegrip is de echtgenoot echter pas een gewezen partner vanaf het moment dat het echtscheidingsverzoek is ingediend. Dit zou betekenen dat tot die tijd de woning voor de woningverlater naar box 3 verhuist en de woningverlater dus geen recht meer heeft op aftrek van hypotheekrente in box 1. Omdat de wetgever dit gevolg ongewenst vindt, wordt in art. 3.111, vierde lid bepaald dat voor de toepassing van deze regeling onder 'gewezen partner' mede wordt verstaan de duurzaam gescheiden levende echtgenoot. Hiermee wordt bereikt dat de echtscheidingsregeling ongewijzigd blijft: gedurende maximaal 24 maanden nadat de woningverlater de woning heeft verlaten, blijft de woning voor de woningverlater een eigen woning.<sup>121</sup>

Daarnaast wordt in het vierde lid van art. 3.111 een wijziging voorgesteld van het achtste lid. In art. 3.111, achtste lid Wet IB 2001 is geregeld dat partners samen slechts één eigen woning in box 1 kunnen hebben. Als partners meerdere woningen hebben die hun als hoofdverblijf ter beschikking staan, dienen ze zelf de woning aan te wijzen die in box 1 wordt geplaatst. De andere woning(en) verhuist (verhuizen) naar box 3. Zolang de echtgenoten geen echtscheidingsverzoek hebben ingediend, blijven ze met ingang van 1 januari 2011 partner van elkaar en kunnen ze samen slechts één woning in box 1 hebben. In art. 3.111, vierde lid is nu geregeld dat ook voor de toepassing van het achtste lid onder de gewezen partner mede wordt verstaan de duurzaam gescheiden levende echtgenoot. Dit betekent dat partners die duurzaam gescheiden leven allebei een eigen woning in box 1 kunnen hebben. In de nota van wijziging waarin deze wijziging is opgenomen is hierover opgemerkt:

*'Daarnaast wordt geregeld dat de duurzaam gescheiden levende echtgenoot ook voor de toepassing van het achtste lid van genoemd artikel 3.111 niet als partner wordt aangemerkt. Daarmee wordt voorkomen dat ingeval de duurzaam gescheiden levende echtgenoot die de woning heeft verlaten een nieuwe eigen woning heeft betrokken, anders dan onder de tot 1 januari 2011 geldende regeling, ook in de genoemde overbruggingsperiode alsnog slechts voor één van beide woningen in aanmerking zou kunnen komen voor renteaftrek.'*

Deze toelichting suggereert dat de mogelijkheid om twee eigen woningen te hebben, alleen geldt tijdens de in de echtscheidingsregeling genoemde 'overbruggingsperiode' van twee jaar. Dat voorbehoud wordt in de wettekst echter niet gemaakt. Daarin staat ongeclausuleerd dat ook voor het achtste lid onder de gewezen partner mede wordt verstaan de duurzaam gescheiden levende echtgenoot. Dit zou betekenen dat duurzaam gescheiden levende echtgenoten, anders dan fiscale partners, ieder een eigen woning kunnen hebben. Ook bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer lijkt daarvan te worden uitgegaan. Het is dan wel uiterst merkwaardig dat deze uitbreiding is opgenomen in het vierde lid en niet in het achtste lid van art. 3.111. Daarnaast suggereert, zoals gezegd, ook de toelichting dat de uitbreiding alleen geldt voor de overbruggingsperiode van art. 3.111, vierde lid. Als men deze beperking inderdaad wil aanbrengen, dient dit naar mijn mening uitdrukkelijk in de tekst van de wet, en bij voorkeur van art. 3.111, achtste lid, te worden opgenomen. Zolang dit niet gebeurt, geldt voor art. 3.111, achtste lid geen termijn. Dit betekent dat alle 'duurzaam gescheiden levende' echtgenoten twee woningen in box 1 kunnen hebben.

Dit gevolg is naar mijn mening ongewenst. Zoals opgemerkt, is de situatie van duurzaam gescheiden leven zeer lastig te controleren en door belastingplichtigen eenvoudig te 'manipuleren'. De echtgenoten die weliswaar zijn gehuwd maar bijvoorbeeld in verband met het werk twee eigen woningen hebben, kunnen op die manier beide woningen in box 1 plaatsen door te stellen dat ze duurzaam gescheiden leven. Voor de overige wettelijke bepalingen, zoals de vrije toerekeningsmogelijkheid, blijven ze partner totdat het echtscheidingsverzoek is ingediend. Dat voor de echtscheidingsregeling een tegemoetkoming wordt geboden lijkt mij een goede zaak. Het betreft een specifieke regeling en de uitzondering geldt voor een beperkte termijn.

<sup>120</sup> In het Belastingplan 2011 wordt de termijn voor het behoud van hypotheekrenteaftrek bij verkoop van de voormalige eigen woning, als ook voor de nog leegstaande toekomstige eigen woning, verlengd van twee naar drie jaar (art. 3.111, tweede en derde lid Wet IB 2001). De verlenging is ingegeven als een tijdelijke maatregel ter ondersteuning van de woningmarkt en eindigt per 1 januari 2013. Hiermee komt het kabinet tegemoet aan woningeigenaren die door de situatie op de woningmarkt ook buiten de tweejaarsperiode worden geconfronteerd met dubbele lasten (*Kamerstukken II* 2009/2010, 32 504, nr. 3, p. 11-12). In dat kader is het onbegrijpelijk dat de termijn van art. 3.111, vierde lid niet is verlengd. Echtscheiding gaat immers veelal gepaard met gedwongen verkoop van de eigen woning. Na de beëindiging van de zogenoemde echtscheidingsregeling kan alleen gebruik worden gemaakt van de langere periode van de verhuisregeling als de woning die wordt verkocht leeg staat. Dat is bij echtscheiding juist vaak niet aan de orde.

<sup>121</sup> *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 505, nr. 17.

Er is echter geen enkele reden om die uitzondering uit te breiden buiten de genoemde overbruggingsperiode. Het naast elkaar bestaan van twee beëindigingsmomenten, waardoor echtgenoten binnen de inkomstenbelasting voor de ene regeling wel als partner kwalificeren en voor de andere niet, dient – mede in het kader van de beoogde harmonisatie en vereenvoudiging – zoveel mogelijk te worden vermeden.

#### 4 Huidig en voorgesteld partnerbegrip in de Successiewet

In de Successiewet vinden er zoals opgemerkt geen grote wijzigingen plaats. Partner is de echtgenoot, de samenwoner met een notarieel samenlevingscontract waarin een wederzijdse zorgverplichting is opgenomen<sup>122</sup> en de samenwoners die gedurende vijf jaar een gemeenschappelijke huishouding hebben gevoerd. De inhoudelijke wijzigingen met ingang van 1 januari 2011 betreffen het schrappen van de voorwaarde voor de (notariële en vijfjaars) samenwoners dat ze een gezamenlijke huishouding moeten voeren. Evenals in de inkomstenbelasting is voldoende dat ze staan ingeschreven op hetzelfde adres in de gemeentelijke basisadministratie. Dat het partnerschap in principe niet wordt beëindigd door opname in een verpleeg- of verzorgingshuis van de ongehuwd samenwonende, was in de Successiewet al met ingang van 1 januari 2009 geregeld. In de nieuwe Successiewet komt deze bepaling niet terug, maar wordt volstaan met een verwijzing naar art. 5a AWR. Ook de bepaling dat de notariële samenwoner die met meerdere personen aan de voorwaarden voldoet, met geen van allen als partner kwalificeert, blijft bestaan. Daartoe wordt de bepaling in art. 5, vijfde lid, derde volzin AWR, waarin is geregeld dat de partner met het oudste samenlevingscontract in aanmerking wordt genomen, buiten toepassing verklaard.

#### 5 Beoordeling harmonisatie partnerbegrip inkomstenbelasting en Successiewet

Met ingang van 1 januari 2011 liggen de partnerbegrippen in de inkomstenbelasting en de Successiewet meer op één lijn. Zo geldt in beide wetten dat men slechts één partner kan hebben, is de voorwaarde voor ongehuwd samenwonenden dat ze een gezamenlijke huishouding moeten voeren vervallen en blijft het partnerschap in principe bestaan bij opname in een verpleeg- of verzorgingstehuis.

Niettemin blijven er aanzienlijke verschillen bestaan in de partnerbegrippen. Zo zijn de voorwaarden voor ongehuwd samenwonenden om in de inkomstenbelasting als partner te kunnen worden aangemerkt enerzijds ruimer en anderzijds beperkter. Ruimer omdat in de inkomstenbelasting het notarieel samenlevingscontract geen wederzijdse zorgverplichting hoeft te bevatten en bovendien slechts één van de vier mogelijkheden is om als partner te kwalificeren. Ook geldt in de inkomstenbelasting, anders dan in de Successiewet, geen minimale samenwoningsperiode en vangt in de Successiewet de partnerschapskwalificatie pas aan vanaf het moment dat aan alle voorwaarden is voldaan, ook al staan ze reeds eerder samen ingeschreven op hetzelfde adres in de basisadministratie van de gemeente. Deze verschillen zijn verklaarbaar door de verschillende functies van de partnerbegrippen binnen de inkomstenbelasting en Successiewet. In de inkomstenbelasting gaat het om de jaarlijkse bestedingsruimte, terwijl binnen de Successiewet de zorgverplichting op de voorgrond staat. Daarmee hangt samen dat de partnerkwalificatie binnen de Successiewet een grotere impact kan hebben: de partner komt in aanmerking voor tariefgroep 1 en – ingeval van overlijden – de partnervrijstelling. Dit rechtvaardigt de strengere eis die wordt gesteld aan ongehuwd samenwonenden in de Successiewet, hoewel naar mijn mening aansluiting bij de inkomstenbelasting niet op bezwaren zou stuiten.<sup>123</sup> Het partnerbegrip in de inkomstenbelasting is daarentegen beperkter omdat ongehuwd samenwonenden niet kunnen volstaan met de inschrijving op hetzelfde adres. In de Successiewet geldt dit wel voor de 'vijfjaars'-samenwoners. Deze categorie heeft de wetgever – naar mijn mening terecht – reeds twee keer uit de wet willen schrappen, maar beide keren zijn deze samenwoners (bij amendement) weer teruggekeerd.<sup>124</sup>

Een ander belangrijk verschil betreft de gehuwden. De Successiewet kent een ander beëindigingsmoment dan de inkomstenbelasting. Gehuwden kwalificeren voor de Successiewet niet meer

<sup>122</sup> Deze voorwaarde geldt pas vanaf 1 januari 2012, zie art. XII, lid 1, letter b, sub 1.

<sup>123</sup> Zie ook I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, Over kinderen partners, tarieven en vrijstellingen, *WPNR* (2010) 6831, par. 2.2.

<sup>124</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 015, nr. 12 en *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 46.

als partner vanaf het moment dat de echtscheiding of scheiding van tafel en bed is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Dat in de Successiewet niet wordt aangesloten bij de indiening van het echtscheidingsverzoek, verdedigt de wetgever met de opmerking: *'Omdat het partnerbegrip van de Successiewet 1956 aansluit bij de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, zowel met betrekking tot het wettelijk erfrecht als met betrekking tot de bepalingen over de rechten en verplichtingen van echtgenoten, is het wenselijk dat het partnerschap van gehuwden voor toepassing van de Successiewet 1956 pas eindigt als de scheiding door de rechter is uitgesproken en de uitspraak is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.'*<sup>125</sup>

<sup>125</sup> Kamerstukken II 2010–2011, 32 505, nr. 3, p. 29.

Deze motivering overtuigt mij niet. De bedoeling was immers om de belastingwetgeving zoveel mogelijk te harmoniseren. Waarom voor deze regeling binnen de Successiewet ineens (letterlijke) aansluiting wordt gezocht bij het Burgerlijk Wetboek, terwijl dit niet gebeurt voor bijvoorbeeld de ongehuwd samenwonenden die anders dan in het Burgerlijk Wetboek voor de Successiewet wel worden gelijkgesteld met gehuwden, is niet duidelijk. Het bezwaar van het door de wetgever ingenomen standpunt treedt naar voren als de gehuwde erflater inmiddels samenwoont met een nieuwe partner. De samenwonende partner kan niet als partner voor de Successiewet kwalificeren terwijl het echtscheidingsverzoek al is ingediend en ook testamentair is geregeld dat de samenwonende partner erfgenaam is. Dit is naar mijn mening onwenselijk. Voor deze specifieke situatie zou het naar mijn mening mogelijk moeten zijn om tijdelijk twee partners te hebben: de echtgenoot en de ongehuwd samenwonende partner.<sup>126</sup>

Tot slot kan worden gewezen op het feit dat in de Successiewet bloedverwanten in de rechte lijn niet als partner kwalificeren<sup>127</sup>, terwijl in de inkomstenbelasting deze mogelijkheid wel bestaat mits het kind bij aanvang van het kalenderjaar 27 jaar is. De reden om in de Successiewet alle bloedverwanten in de rechte lijn van het partnerbegrip uit te sluiten, ligt in het feit dat de wetgever het onwenselijk vindt dat het thuiswonende kind een grotere vrijstelling zou hebben (de partnervrijstelling) dan de overige kinderen. Deze uitzondering is naar mijn mening terecht. De partnervrijstelling is niet bedoeld voor het kind maar voor de partner jegens wie men een zorgverplichting heeft. Voor kinderen zijn in de Successiewet specifieke vrijstellingen opgenomen.<sup>128</sup> Voor de inkomstenbelasting bestaan er daarentegen geen overtuigende bezwaren om kinderen van 27 jaar of ouder als partner aan te merken.<sup>129</sup> Niettemin kan men zich ook voor de inkomstenbelasting op het standpunt stellen dat ouders en kinderen nu eenmaal in een andere (financiële) verhouding tot elkaar staan dan echte partners. Vanuit die optiek zou een verdergaande harmonisatie kunnen worden bereikt door ook in de inkomstenbelasting alle bloedverwanten in de rechte lijn uit te sluiten van het partnerbegrip.

<sup>126</sup> Zie ook I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, Over kinderen partners, tarieven en vrijstellingen, *WPNR* (2010) 6831, par. 2.5.

<sup>127</sup> Tenzij sprake is van een zogenoemd 'mantelzorg-compliment' Zie voor kritiek op deze regeling I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, Over kinderen partners, tarieven en vrijstellingen, *WPNR* (2010) 6831, par. 2.4.3.

<sup>128</sup> Waarbij naar mijn mening ten onrechte geen rekening meer wordt gehouden met de specifieke zorgverplichting die de erflater heeft jegens minderjarige kinderen. Zie ook I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, 'Over kinderen partners, tarieven en vrijstellingen', *WPNR* (2010) 6831, par. 3.1.

<sup>129</sup> Vgl. I.J.F.A. van Vijfeijken (red.), *Inkomstenbelasting en de gevolgen voor (echt)scheiding*, SDU 2007, p. 30.

## 6 Conclusie

De voorgestelde wijzigingen in het partnerbegrip in de inkomstenbelasting zijn positief te beoordelen omdat ze leiden tot een verdergaande harmonisatie, zowel binnen de inkomstenbelasting (doordat de bonte verzameling aan partnerbegrippen grotendeels is verdwenen) als tussen de inkomstenbelasting en de Successiewet. Dat de partnerbegrippen niet volledig identiek zijn, is te rechtvaardigen gelet op de verschillende functies van de partnerbegrippen binnen deze wetten. Een verdergaande harmonisatie zou naar mijn mening echter wel mogelijk moeten zijn. Daarnaast leiden de voorgestelde wijzigingen tot een belangrijke vereenvoudiging voor zowel de Belastingdienst als belastingplichtigen, waardoor de rechtszekerheid wordt bevorderd en de regeling minder gevoelig wordt voor misbruik.

De gevolgen voor zowel gehuwden, die duurzaam gescheiden leven, als ongehuwd samenwonenden, kunnen ingrijpend zijn. Ongehuwd samenwonenden zullen veelal zelf actie kunnen ondernemen om eventuele ongewenste gevolgen te voorkomen. Dit geldt in beginsel ook voor gehuwden die tot 1 januari 2011 duurzaam gescheiden leven. Als zij een echtscheidingsverzoek indienen verandert hun fiscale positie niet. Evenals voor 1 januari 2011 zijn zij dan geen fiscaal partner meer. Omdat het echtscheidingsverzoek vaak niet onmiddellijk zal worden ingediend nadat een van de echtgenoten de woning heeft verlaten, is voor deze situatie terecht een uitzondering opgenomen. Voor de echtscheidingsregeling blijft het duurzaam gescheiden leven van belang.

Ten onrechte lijkt dit ook te gelden voor de regeling dat partners samen slechts één eigen woning kunnen hebben, buiten de overbruggingsperiode van twee jaar. Hierdoor wordt afbreuk gedaan aan de beoogde harmonisatie en vereenvoudiging terwijl de regeling ook gevoelig blijft voor manipulatie door belastingplichtigen die ten onrechte stellen dat ze duurzaam gescheiden leven. De verwijzing in art. 3.111, vierde lid naar het achtste lid zou moeten vervallen terwijl in art. 3.111, achtste lid een uitzondering zou moeten worden opgenomen voor 24 maanden nadat belastingplichtigen duurzaam gescheiden zijn gaan leven. Om tegemoet te komen aan de situaties in de praktijk waarin de echtgenoten wel duurzaam gescheiden leven maar het indienen van het echtscheidingsverzoek op overtuigende bezwaren stuit, zou bepaald kunnen worden dat echtgenoten bij de inspecteur het (gemotiveerde) verzoek kunnen indienen om niet als partner te worden aangemerkt.

# DE DERTIGDAGENCLAUSULE IN NADER PERSPECTIEF

M.M.F.J. van Bakel Bsc

## 1 Inleiding

De dertigdagenclausule is een estate planningstool bij uitstek. Het is een instrument dat in de testamentaire praktijk veelvuldig gebruikt wordt en dat in de 'gereedschapskist' van iedere estate planner niet gemist kan worden. Het inzetten van de dertigdagenclausule in testamenten is er in de meest voorkomende gevallen op gericht meervoudige heffing van erfbelasting binnen een korte periode over (nagenoeg) hetzelfde vermogen te voorkomen.

In de loop der jaren zijn verschillende verfijningen op de methodiek van de dertigdagenclausule bedacht. Zo kan de dertigdagenclausule onder ontbindende of opschortende voorwaarde geformuleerd worden. Daarnaast kan in de dertigdagenclausule een aanvullend vruchtgebruik-legaat zijn opgenomen. Per 1 januari 2010 heeft de wetgever in onze fiscale wetgeving tevens voorzien in een 'wettelijke dertigdagenclausule' welke is opgenomen in art. 53, vierde lid Successiewet. De introductie van deze wettelijke bepaling heeft ervoor gezorgd dat het blikveld ter zake van de inzet van de dertigdagenclausule verder is verruimd. Zoals in deze bijdrage nog aan de orde zal komen, vallen namelijk verschillende erfrechtelijke en fiscale effecten tussen de testamentaire en de wettelijke dertigdagenclausule te onderkennen. Alvorens hier op in te gaan zal ik eerst op hoofdlijnen de systematiek van de testamentaire dertigdagenclausule bespreken.

## 2 Doel en strekking van de testamentaire dertigdagenclausule

In een testamentaire dertigdagenclausule wordt bepaald dat iemand slechts erfgenaam is onder de voorwaarde dat hij dertig dagen na de dag van het overlijden van de erflater nog in leven is. Wanneer de erfgenaam – de zogenaamde primaire erfrechtelijke verkrijger – inderdaad binnen dertig dagen na de dag van het overlijden van de testateur overlijdt, komt deze niet op in de nalatenschap van de eerststervende. De primaire erfrechtelijke verkrijger wordt gehouden gelijktijdig met de erflater te zijn overleden. Het gevolg hiervan is dat diens verkrijging van rechtswege is komen te vervallen. Er wordt ook wel gezegd dat de verkrijging er successierechtelijk 'tussenuit is gevallen'.

In de meeste testamenten is de dertigdagenclausule onder ontbindende voorwaarde geformuleerd. Dat wil zeggen dat een persoon als erfgenaam wordt benoemd onder de ontbindende voorwaarde dat hij of zij op de dertigste dag na de dag van het overlijden van de testateur niet meer in leven is. Bij het in vervulling gaan van deze voorwaarde wordt op grond van art. 53, eerste lid Successiewet op verzoek vermindering verleend van het bedrag aan erfbelasting dat ter zake van de primaire erfrechtelijke verkrijging is geheven.<sup>130</sup> Degene die door het intreden van de ontbindende voorwaarde als erfgenaam is aangewezen – de zogenaamde subsidiaire erfrechtelijke verkrijger – wordt vervolgens in de heffing betrokken. Uiteindelijk is daarmee het resultaat bereikt dat slechts erfbelasting wordt geheven van degene die door het in vervulling gaan van de voorwaarde als verkrijger opkomt.<sup>131</sup>

In de testamentaire praktijk vormt een termijn van dertig dagen al lang niet meer de vuistregel. De termijn kan zijn gesteld op bijvoorbeeld twee maanden of op 365 dagen. De term 'overlevingsclausule' dekt in deze gevallen beter de lading van de constructie. In het vervolg van deze bijdrage zal een termijn van dertig dagen steeds als uitgangspunt genomen worden. Dit mede gezien het feit dat in de wettelijke regeling ook van een termijn van dertig dagen wordt uitgegaan. Meestal wordt een korte termijn van bijvoorbeeld dertig dagen geprefereerd boven een langere termijn vanwege de rechtszekerheid die dit met zich meebrengt. Hoe langer de termijn namelijk wordt opgerekt, hoe langer onduidelijk blijft of de verkrijging onvoorwaardelijk is geworden of niet.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Met inachtneming van het bepaalde in art. 53, tweede lid Successiewet.

<sup>131</sup> L.E. Welkers, De dertigdagenclausule; hoezo dertig dagen?!, *FBN 2007/55*, p. 3.

<sup>132</sup> Zie in deze zin en voor oplossingen: L.E. Welkers, De dertigdagenclausule; hoezo dertig dagen?!, *FBN 2007/55*, p. 4.



### 3 Wettelijke dertigdagenclausule (art. 53, vierde lid Successiewet)

#### 3.1 Achtergrond van de introductie

Met de gewijzigde Successiewet die per 1 januari 2010 in werking is getreden heeft de wetgever voorzien in een wettelijke regeling voor de situatie dat een erfgenaam binnen dertig dagen na een erfrechtelijke verkrijging overlijdt. Deze wettelijke dertigdagenclausule is van toepassing wanneer in een testament niet reeds in een clausule is voorzien.<sup>133</sup> Aan de parlementaire geschiedenis kan worden ontleend dat deze wetswijziging een verzachting inhoudt voor de gevallen waarin kort na elkaar twee sterfgevallen plaatsvinden.<sup>134</sup>

<sup>133</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 107-108.

<sup>134</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 390, nr. 3, p. 49.

#### 3.2 Feitelijk een vrijstelling

Wanneer art. 53, vierde lid Successiewet goed wordt gelezen wordt duidelijk dat de bepaling in feite een vrijstelling inhoudt.<sup>135</sup> Het betreft een (subjectieve) vrijstelling voor degene die binnen dertig dagen na een erfrechtelijke verkrijging overlijdt. Omdat alle bepalingen met betrekking tot de vrijstellingen ter zake de verschuldigdheid van erfbelasting zijn opgenomen in art. 32 Successiewet zou het in mijn ogen voor de duidelijkheid en overzichtelijkheid van de wetgeving beter zijn geweest als de bepaling van art. 53, vierde lid Successiewet aldaar zou zijn opgenomen.

<sup>135</sup> W. Burgerhart, Wettelijke dertigdagenclausule, een vreemde eend in de bijt!?, *FBN* 2010/33, p. 4.

#### 3.3 Enquête

Uit de onder de notarissen uitgezette enquête blijkt dat de meeste van de respondenten positief gestemd zijn over het opnemen van de dertigdagenclausule in de wet. Maar liefst 64% van de ondervraagden acht de invoering in het licht van een redelijke belastingheffing in meer of mindere mate wenselijk. 21% van de respondenten beschouwt de invoering van de wettelijke dertigdagenclausule zelfs als zeer wenselijk.

#### 3.4 Vermindering tot nihil indien verkrijging opnieuw wordt betrokken

Het vierde lid van art. 53 Successiewet bepaalt dat de erfbelasting die van een verkrijger is geheven, wordt verminderd tot nihil indien over het verkregene, bij het overlijden van die verkrijger binnen dertig dagen na de verkrijging, nogmaals erfbelasting wordt geheven. Waar het aldus op aankomt is dat dezelfde verkrijging (hetzelfde object) opnieuw in de heffing dient te worden betrokken. Er vindt dan een vermindering tot nihil plaats van het bedrag aan erfbelasting dat ter zake van de eerste verkrijging is geheven.

Wat opvalt aan de bepaling is dat het gebruik van het woord 'indien' in de wettekst een alles-of-niets karakter lijkt te impliceren.<sup>136</sup> Wanneer wordt uitgegaan van de letterlijke betekenis van het woord 'indien' (in de zin van 'ingeval', 'als' of 'onder de voorwaarde dat') kan dit tot merkwaardige consequenties leiden. Hoe het een en ander uitwerkt licht ik toe met het volgende voorbeeld:

<sup>136</sup> Zie in tegenovergestelde zin de aanname die Burgerhart maakt dat erfbelasting wordt teruggegeven indien en voor zover de verkrijging opnieuw in de heffing wordt betrokken: W. Burgerhart, Wettelijke dertigdagenclausule, een vreemde eend in de bijt!?, *FBN* 2010/33, p. 4.

##### Voorbeeld 1

Stel een vader met een nalatenschap van € 1.000.000 wijst zijn kind aan als enig erfgenaam. Dit kind is bij het overlijden van vader erfbelasting verschuldigd over een verkrijging van € 1.000.000 minus € 19.000 vrijstelling (art. 32, eerste lid, onder 4°, sub c, Successiewet) is per saldo € 981.000. Bij het kind zal dan € 184.400 aan erfbelasting worden geheven. Wanneer het kind binnen dertig dagen na vader komt te overlijden is als enig erfgenaam aangewezen de echtgenoot van het kind. Deze echtgenoot wordt – afgezien van enig eigen vermogen dat het kind nalaat – in de heffing betrokken voor de waarde van de nalatenschap van vader van € 1.000.000. Ter zake van de verkrijging wordt dan over een bedrag van € 1.000.000 minus € 600.000 (art. 32, eerste lid, onder 4°, sub a, Successiewet exclusief eventuele pensioenimputatie) = € 400.000 erfbelasting geheven. De echtgenoot is dan € 68.200 aan erfbelasting verschuldigd. Omdat over de verkrijging van € 1.000.000 uit de nalatenschap van de vader in dit geval nogmaals erfbelasting is geheven, namelijk over € 400.000, wordt voldaan aan de voorwaarde die art. 53, vierde lid Successiewet stelt. Over de verkrijging is nogmaals erfbelasting geheven en dit zorgt ervoor dat het bedrag aan erfbelasting dat bij het kind is geheven (€ 184.400) wordt teruggegeven. Hiermee is het resultaat bereikt dat de partnervrijstelling van € 600.000 als het ware in de heffing is geëffectueerd. De echtgenoot behaalt een fiscaal voordeel ten grote van  $184.400 - 68.200 = € 116.200$ .

**Voorbeeld 2**

De situatie is hetzelfde als onder voorbeeld 1 is geschetst alleen bedraagt de nalatenschap van vader nu geen € 1.000.000 maar € 600.000. Bij zijn overlijden is het kind dan erfbelasting verschuldigd over een verkrijging van per saldo € 581.000 (€ 104.400). Wanneer het kind vervolgens binnen dertig dagen na vader komt te overlijden, wordt wederom de echtgenoot in de heffing betrokken. Deze is nu echter geen erfbelasting verschuldigd omdat de verkrijging van € 600.000 volledig wegvalt tegen de vrijstelling die eveneens € 600.000 bedraagt.

De successierechtelijke verkrijging bedraagt dan nihil en er is geen erfbelasting verschuldigd. In deze situatie wordt niet voldaan aan de voorwaarde dat over dezelfde verkrijging opnieuw erfbelasting wordt geheven en aldus vindt geen vermindering tot nihil plaats ter zake van het bij het kind geheven bedrag aan erfbelasting.

Het moge wellicht onrechtvaardig worden geacht dat het kind in het eerste voorbeeld een fiscaal voordeel wordt gegund terwijl dit in het tweede voorbeeld niet gebeurt omdat over zijn verkrijging niet nogmaals erfbelasting wordt geheven. In mijn ogen is dit wel hetgeen de bepaling van art. 53, vierde lid van de Successiewet naar de huidige tekstuele stand van zaken impliceert. Het is echter maar zeer de vraag of de wetgever deze gevolgen ook voor ogen stond.

De gebroeders Schols geven samen met Burgerhart te kennen dat de parlementaire toelichting niet uitblinkt in helderheid met betrekking tot de situatie waarbij als gevolg van lagere tarieven en/of hogere vrijstellingen bij de tweede verkrijging minder erfbelasting verschuldigd is.<sup>137</sup> De auteurs geven aan ervan uit te gaan dat er op grond van art. 53, vierde lid Successiewet slechts vermindering wordt gegeven *voor zover de verkrijging daadwerkelijk* opnieuw in de heffing wordt betrokken. Dit betekent derhalve dat wanneer als gevolg van de tarieven en/of vrijstellingen ter zake van de tweede verkrijging minder erfbelasting wordt geheven, dit de teruggave over de eerste verkrijging vermindert. Ik acht het trekken van deze conclusie op grond van de huidige wettekst en uitleg die hierbij is gegeven een brug te ver te zijn. Ik zou de wetgever daarom willen aanbevelen zijn zienswijze hieromtrent duidelijk in de wet tot uitdrukking te brengen. De meest redelijke benadering zou hierbij in mijn ogen zijn dat er voor wordt gekozen altijd een teruggave van het verschuldigde bedrag aan erfbelasting te verlenen aan de primaire erfgenaam als dezelfde verkrijging opnieuw in de heffing wordt betrokken. De mogelijkheid dat als gevolg van lagere tarieven en/of hogere vrijstellingen bij het overlijden van de primaire erfgenaam minder erfbelasting verschuldigd is, dient fiscaal genegeerd te worden. Deze benadering doet het meest recht aan de doelstelling van de invoering van de wettelijke dertigdagenclausule, namelijk het wegnemen van de onrechtvaardige gevolgen die plaatsvinden wanneer binnen een zeer kort tijdsbestek over hetzelfde vermogen tweemaal erfbelasting verschuldigd is. Het verdient aanbeveling dat de wetgever dit uitgangspunt expliciet in de wettekst naar voren laat komen.

<sup>137</sup> B.M.E.M. Schols, W. Burgerhart, F.W.J.M. Schols, De 'toverformule van Verstappen' door de Jager van zijn magie ontdaan?, *EstateTip*, 2010-03.

### 3.5 Wettelijke versus testamentaire dertigdagenclausule

De vraag komt op waarin de wettelijke dertigdagenclausule verschilt ten opzichte van de testamentaire clausules. Dit verschil zal ik illustreren aan de hand van twee voorbeelden.

**Voorbeeld 3**

Er is een ouder (opa) met één ongehuwd kind en één kleinkind met een nalatenschap van € 500.000. Indien het kind binnen dertig dagen na opa komt te overlijden en opa in zijn testament niet heeft voorzien in een dertigdagenclausule kan de wettelijke regeling van art. 53, vierde lid Successiewet worden toegepast. Deze wettelijke regeling bewerkstelligt dat de verkrijging van het kind bij een overlijden binnen dertig dagen in stand blijft. Het wettelijke of testamentaire erfrecht dat van toepassing is op de nalatenschap van het kind bepaalt vervolgens aan wie de verkrijging uiteindelijk toekomt. Ervan uitgaande dat niet van het wettelijke erfrecht zal worden afgeweken zal het kleinkind als erfgenaam opkomen. De verwantschap tussen het kind en het kleinkind – de relatie ouder-kind – is vervolgens van belang voor het op de verkrijging van toepassing zijnde tarief en vrijstelling.

Het kind was ter zake de verkrijging € 84.400 aan erfbelasting verschuldigd. Dit bedrag wordt op grond van art. 53, vierde lid Successiewet bij een overlijden binnen dertig dagen teruggegeven. Vervolgens verkrijgt het kleinkind rechtstreeks uit de nalatenschap van de ouder. Over deze verkrijging is kleinkind eveneens € 84.400 erfbelasting verschuldigd.



**138** De formulering van de dertigdagenclausule luistert in dit geval erg nauw teneinde te voorkomen in de sfeer van de tweetrapsmaking terecht te komen. Zie voor een oplossing om dit risico uit te sluiten: L.C.A. Verstappen, De dertigdagenclausule, *WPNR* (2002) 6495, p. 464. Zie hierover nader: B.M.E.M. Schols, W. Burgerhart en F.W.J.M. Schols, De toverformule van Verstappen: Dertigdagenclausule of tweetrapsmaking, *EstateTip* 2004-24.

#### Voorbeeld 4

De uitgangssituatie is hetzelfde als hiervoor beschreven alleen heeft opa nu wel een dertigdagenclausule in zijn testament opgenomen. Wanneer het kind binnen dertig dagen na de dag van het overlijden van opa overlijdt, komt diens verkrijging van rechtswege te vervallen. Het op opa toepasselijke erfrecht bepaalt dan wie na het overlijden van het kind als erfrechtelijke verkrijger opkomt. In het testament van opa is bepaald dat bij overlijden van het kind binnen dertig dagen het kleinkind zal verkrijgen.<sup>138</sup> Het kleinkind erft dan rechtstreeks van zijn opa. De verwantschap tussen opa en het kleinkind is dan van belang voor de uiteindelijke belastingdruk.

Bij overlijden van opa is het kind € 84.400 aan erfbelasting verschuldigd. Indien het kind binnen dertig dagen na de verkrijger overlijdt, is de testamentaire dertigdagenclausule van toepassing en vervalt de verkrijging vanwege het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde. Het geheven bedrag aan erfbelasting wordt dan teruggegeven op grond van art. 53, eerste lid Successiewet. Het kleinkind verkrijgt onder opschortende voorwaarde uit de nalatenschap van opa en is (rekening houdend met de 80% opslag in art. 24 Successiewet) € 151.920 aan erfbelasting verschuldigd. Het resultaat is dat deze situatie nadeliger uitpakt in vergelijking met de situatie dat geen dertigdagenclausule in het testament was opgenomen. Het kleinkind is nu € 67.520 meer aan erfbelasting verschuldigd. Dit heeft als oorzaak dat het tarief in de relatie grootouder/kleinkind hoger is dan het tarief in de relatie ouder/kind. Een testamentaire dertigdagenclausule zou in deze situatie, als het op erfbelasting aankomt, dan ook vermeden moeten worden.

In de testamentaire praktijk is het model ontwikkeld waarbij aan een testamentaire dertigdagenclausule de ontbindende voorwaarde wordt toegevoegd dat deze clausule geen toepassing vindt in het geval de wettelijke regeling fiscaal voordeliger uitwerkt. Dit is natuurlijk allemaal mooi en aardig maar waar in dergelijke gevallen wel rekening mee gehouden moet worden is dat zo'n fiscaal voordelige uitwerking wel kan betekenen dat iemand anders als erfgenaam opkomt dan dat de erflater initieel voor ogen heeft gehad. De erflater kan met het opnemen van een testamentaire dertigdagenclausule immers te kennen geven wie als (uiteindelijke) verkrijger dient op te komen als de primaire verkrijger binnen dertig dagen komt te overlijden. Het een en ander kan van belang zijn ten aanzien van een erflater die over zijn graf heen wenst te regeren. Wanneer de wettelijke dertigdagenclausule wordt toegepast, bepaalt het wettelijke of testamentaire erfrecht dat van toepassing is op de nalatenschap van de primaire erfgenaam aan wie de verkrijging uiteindelijk toekomt. Hierdoor kan een andere erfgenaam tot de nalatenschap van de eerststervende gerechtigd worden dan dat deze eerststervende zelf voor ogen heeft gestaan. Het een en ander kan zich bijvoorbeeld voordoen in de situatie dat het kind uit de voorbeelden 3 en 4 een partner heeft en opa niet wil dat (een deel van) zijn vermogen bij deze partner terecht komt. De wettelijke dertigdagenclausule is dan vanuit civielrechtelijk oogpunt niet gewenst omdat deze – bij een overlijden binnen dertig dagen van het kind – mogelijk bewerkstelligt dat een gedeelte of het gehele vermogen van opa bij de partner blijft 'hangen'. Wanneer deze partner in de toekomst opnieuw huwt en/of kinderen krijgt, kan dit vermogen in handen terecht komen waarvan opa dit niet gewild heeft. De testamentaire dertigdagenclausule kan dan – ondanks het feit dat dit fiscaal nadeliger is – de voorkeur verdienen.

## 4 Het belang van een formulering onder opschortende of ontbindende voorwaarde

### 4.1 Inleiding

Een andere afweging die bij het inzetten van een dertigdagenclausule in testamenten gemaakt kan worden betreft de keuze voor een formulering onder ontbindende of opschortende voorwaarden. Beide formuleringen kennen erfrechtelijk en fiscaal gesproken een andere uitwerking welke vooral van belang kan zijn met het oog op toekomstige waardeveranderingen.

### 4.2 Ontbindende voorwaarde

Bij een formulering van een dertigdagenclausule onder ontbindende voorwaarde wordt een persoon als erfgenaam benoemd onder de ontbindende voorwaarde dat hij/zij op de dertigste dag na de dag van het overlijden van de testateur nog in leven is. Op het moment dat de erflater overlijdt, wordt de primaire verkrijger belast naar de waarde van de verkrijging op dat moment. Wanneer de ontbindende voorwaarde van het overlijden binnen dertig dagen in werking treedt valt de primaire verkrijger er successierechtelijk tussenuit en wordt het geheven bedrag aan

erfbelasting teruggegeven op grond van art. 53, eerste lid Successiewet. Bij de uiteindelijke verkrijger(s) wordt onder opschortende voorwaarde geheven op grond van art. 45, derde lid Successiewet naar de waarde van de nalatenschap op het moment van het overlijden van de eerstgeroepene.

#### 4.3 Opschortende voorwaarde

Bij de formulering van de dertigdagenclausule onder opschortende voorwaarde komt het erop aan of de beoogde verkrijger nog leeft bij het verstrijken van de termijn van dertig dagen. Is dit het geval dan is de verkrijging onvoorwaardelijk geworden en wordt de primaire verkrijger belast naar de waarde van de nalatenschap op dat moment (art. 45, derde lid Successiewet). De door het nog niet in vervulling gaan van de voorwaarde opgekomen (subsidiar(e)) erfgena(a)m(en) is/zijn erfbelasting verschuldigd onmiddellijk op het moment dat de testateur overlijdt. Wanneer de opschortende voorwaarde in werking treedt wordt dit geheven bedrag teruggegeven op grond van art. 53, eerste lid Successiewet.<sup>139</sup> Gaat de voorwaarde niet in vervulling en is de primaire erfgenaam dus niet meer in leven op de dertigste dag na het overlijden van de testateur dan is daarmee de verkrijging van de subsidiar(e) erfgena(a)m(en) onvoorwaardelijk geworden.

<sup>139</sup> Met inachtneming van het bepaalde in art. 53, tweede lid Successiewet.

#### 4.4 Ontbindende versus opschortende voorwaarde

Zoals ik hiervoor heb aangegeven zit het belang van een formulering van de dertigdagenclausule onder ontbindende dan wel opschortende voorwaarde hem vooral in het feit dat na het overlijden van de testateur plaatsgevonden waardeveranderingen van belang kunnen zijn voor het uiteindelijk verschuldigde bedrag aan erfbelasting.<sup>140</sup>

<sup>140</sup> R.T.G. Verstraaten en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Successiebelastingen* (Cursus Belastingrecht) onderdeel 2.1.2.B.

##### Voorbeeld 5

Man en vrouw zijn gehuwd in gemeenschap van goederen. Samen hebben zij één kind. Wanneer de man overlijdt, erven de vrouw en het kind ieder voor gelijke delen. In het testament van de man is een dertigdagenclausule opgenomen ten behoeve van de erfrechtelijke verkrijgingen. Wanneer de vrouw binnen dertig dagen na haar echtgenoot overlijdt en de nalatenschap van de man op dat moment in waarde is gedaald, behaalt het kind een fiscaal voordeel wanneer de clausule in het testament onder ontbindende voorwaarde is geformuleerd. Er wordt dan namelijk erfbelasting teruggegeven die bij moeder geheven werd naar de hogere waarde van de nalatenschap op het moment van overlijden van de vader, terwijl het kind slechts erfbelasting verschuldigd is naar de lagere waarde van de nalatenschap op het moment dat moeder overlijdt. Een formulering onder opschortende voorwaarde zou fiscaal ongunstiger hebben uitgekapt omdat het kind reeds erfbelasting zou hebben betaald over de waarde van de nalatenschap op het moment van overlijden van vader welk bedrag, bij overlijden van moeder binnen dertig dagen, niet wordt teruggegeven of wordt herberekend naar de lagere waarde van de nalatenschap op dat moment.

De verwachting dat zich binnen een tijdsbestek van dertig dagen aanzienlijke waardeveranderingen voordoen zal in de regel niet zo groot zijn. Het belang neemt echter toe ten aanzien van de nalatenschappen waarvan het onderliggende vermogen sterk aan waardeveranderingen onderhevig is. Iets dergelijks kan bijvoorbeeld spelen bij beursaandelen.

Het blijft met waardeveranderingen altijd koffiedik kijken. Toekomstige waardeveranderingen zijn moeilijk in te schatten en dit maakt het lastig hierop bij de vormgeving van de dertigdagenclausule in het testament te anticiperen. Het verdient wel aanbeveling om de keuze voor de formuleringsvorm altijd duidelijk in het testament vast te leggen. Indien de tekst van het testament geen uitsluitel biedt omtrent de vraag of het een verkrijging onder ontbindende of opschortende voorwaarde betreft, zal men moeten proberen te achterhalen wat de bedoeling van de erflater is geweest.<sup>141</sup>

<sup>141</sup> Zie voor een zaak waarin dit een rol speelde: HR 15 januari 1992, *BNB* 1992/120.

## 5 Dertigdagenclausule met aanvullend vruchtgebruiklegaat

### 5.1 Inleiding

In de testamentaire praktijk heeft een verfijning plaatsgevonden op de methodiek van de dertigdagenclausule in de vorm van een vruchtgebruikvariant. Hierbij wordt de standaard dertigdagenclausule in het testament aangevuld met een vruchtgebruiklegaat. Ten behoeve van de verkrijger wordt een legaat gemaakt van een recht van vruchtgebruik van de gehele of

een gedeelte van de nalatenschap met interingsbevoegdheid, welk recht in de plaats komt van de verkrijging in het geval de verkrijger binnen dertig dagen overlijdt. Het verschaffen van interingsbevoegdheid aan degene die onder ontbindende voorwaarde verkrijgt, heeft als achtergrond dat hierdoor niet langer het gevaar bestaat dat deze persoon de beschikkingsmacht krijgt over vermogen waartoe hij of zij, achteraf gezien, bij het in vervulling van de ontbindende voorwaarde, niet gerechtigd was.<sup>142</sup> Wanneer de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, hoeft aldus niets te worden teruggeleverd omdat de verkrijger onder ontbindende voorwaarde, achteraf gezien, op grond van het recht van vruchtgebruik, het recht had het vermogen te vervreemden en te verteren.

<sup>142</sup> L.E. Welkers, De dertigdagenclausule; hoezo dertig dagen?!, *FBN* 2007/55, p. 4.

#### Voorbeeld 6

Een man en vrouw zijn gehuwd en hebben samen één kind. De man overlijdt en de echtgenote en het kind erven voor gelijke delen. In het testament heeft de man een dertigdagenclausule opgenomen met een aanvullend vruchtgebruiklegaat ten behoeve van zijn vrouw. Op het moment dat de man overlijdt, is de vrouw erfbelasting verschuldigd over de helft van de nalatenschap. Wanneer de vrouw binnen dertig dagen na de man overlijdt, wordt het bij haar geheven bedrag aan erfbelasting teruggegeven op grond van art. 53, eerste lid Successiewet. Zij is erfbelasting verschuldigd over de waarde van het aan haar gelegateerde recht van vruchtgebruik (art. 45, derde lid Successiewet).<sup>143</sup> Dit bedrag vermindert de teruggave die op grond van het eerste lid van art. 53 Successiewet plaatsvindt. Het kind is erfbelasting verschuldigd over de totale waarde van de nalatenschap van vader. Hierop kan de waarde van het vruchtgebruik ten behoeve van moeder in mindering worden gebracht. Het kind wordt erfbelasting verschuldigd over de bloot eigendom. Deze bloot eigendom groeit echter direct (onbelast) aan tot vol eigendom omdat bij het overlijden van moeder het vruchtgebruik van rechtswege eindigt. Vruchtgebruik is namelijk een hoogst persoonlijk recht dat na overlijden van de vruchtgebruiker niet kan voortduren (art. 3:203, tweede lid BW).

<sup>143</sup> Art. 21, dertiende lid Successiewet jo. art. 5 en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

## 5.2 De fiscale voordelen van een aanvullend vruchtgebruiklegaat

Het opnemen van een aanvullend vruchtgebruiklegaat in een dertigdagenclausule kan fiscaal zeer voordelig uitwerken. Er kan namelijk worden bepaald dat voor de waarde van het vruchtgebruik moet worden aangesloten bij de waarde van de vrijstelling van de langstlevende echtgenoot. Nog voordeliger wordt het als het recht van vruchtgebruik van de langstlevende over een dusdanig deel van de nalatenschap wordt gelegateerd dat, rekening houdend met de rekenmethodiek van de Successiewet, het vruchtgebruik een zodanige waarde heeft dat het marginale tarief over de verkrijging van de echtgenoot gelijk is aan het marginale tarief over de verkrijging van het kind.<sup>144</sup> Het opnemen van het vruchtgebruiklegaat zorgt er zo voor dat de waarde van de nalatenschap van de eerststervende successierechtelijk beter wordt verspreid dan bij een standaard dertigdagenclausule.<sup>145</sup> In deze voordelige uitwerking is onder de gewijzigde Successiewet geen verandering gekomen.

<sup>144</sup> Zie voor rekenvoorbeelden inzake deze fiscaal voordelige uitwerking: R.L.M.C. Janssen, De dertigdagenclausule, *Estate Planner* 2006/8, p. 10-12.

<sup>145</sup> T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde wijziging van art. 53 SW 1956 en de gevolgen voor de herroepelijke schenking en overlevingsclausules, *WFR* 2009/738.

## 5.3 Is het opnemen van een vruchtgebruiklegaat civielrechtelijk mogelijk?

Het is de vraag of de hiervoor beschreven constructie in het licht van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek mogelijk is. De constructie van de dertigdagenclausule met aanvullend vruchtgebruiklegaat heeft een groot kunstmatig karakter. Op het ondeelbaar moment van overlijden ontstaat het vruchtgebruik en tegelijkertijd eindigt dit weer omdat de vruchtgebruiker is overleden.

Ten aanzien van het vruchtgebruik is in de dertigdagenclausule met aanvullend vruchtgebruiklegaat wel een titel aanwezig maar ontbreekt de mogelijkheid om het legaat af te geven. Het legaat kan in de eerste plaats niet worden afgegeven aan de langstlevende echtgenoot – de primaire verkrijger – omdat deze reeds is overleden op het moment dat het vruchtgebruik ontstaat. Art. 3:203, tweede lid BW vereist dat de beoogde vruchtgebruiker moet bestaan ten tijde van de vestiging van het vruchtgebruik. Het aanvullend vruchtgebruiklegaat ontstaat echter pas op het moment dat de vruchtgebruiker is overleden en dus kan het vruchtgebruik niet worden gevestigd. Het is evenmin mogelijk het legaat af te geven aan het kind – de subsidiaire verkrijger – omdat deze (uiteindelijk) de volle eigendom van het nalatenschapsvermogen verkrijgt.

Het vruchtgebruik wordt gelegateerd onder de opschortende voorwaarde dat de echtgenoot binnen dertig dagen na de dag van het overlijden van de testateur zelf komt te overlijden.

Art. 4:137 BW behandelt de bestaansis ten aanzien van een making (legaat) onder opschortende voorwaarde. Dit artikel bepaalt dat een verkrijger slechts een recht aan een verkrijging onder opschortende voorwaarde kan ontfanen als hij of zij nog in leven is op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. De opschortende voorwaarde heeft in het scenario van het aanvullend vruchtgebruiklegaat betrekking op het overlijden van de beoogde vruchtgebruiker (de langstlevende). Deze overlijdt binnen dertig dagen en op hetzelfde moment gaat de opschortende voorwaarde in vervulling. Het overlijden van de langstlevende vormt daarmee de rechtstreekse aanleiding van het intreden van de voorwaarde. De langstlevende kan dan geen recht aan het legaat ontfanen nu niet wordt voldaan aan de voorwaarde dat men moet bestaan op het ogenblik dat de voorwaarde wordt vervuld.

De bepaling van art. 4:137 BW vormt regelend recht. Indien ten aanzien van de bestaansis uit de uiterste wil of uit de aard van de beschikking het tegendeel voortvloeit, vindt deze eis geen toepassing. Eventueel zou men kunnen stellen dat uit de aard van de dertigdagenclausule met aanvullend vruchtgebruiklegaat voortvloeit dat de vestiging van het recht van vruchtgebruik dient terug te werken naar het moment dat de nalatenschap openviel. Deze benaderingswijze kan er echter in mijn ogen niet voor zorgen dat het legaat civielrechtelijk gehonoreerd moet worden. De vestiging van een vruchtgebruik vereist namelijk een handeling en dat is in deze situatie alleszins onmogelijk.

Ten slotte wil ik er op wijzen dat het voorschrift ter zake van de successierechtelijke waardering van vruchtgebruik in art. 5 Uitvoeringsbesluit Successiewet uitgaat van een levende vruchtgebruiker: 'De waarde van een periodieke uitkering in geld van *het leven* van één persoon afhankelijk (...)'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever het om dezelfde reden kwetsius acht of het vruchtgebruik uit een dertigdagenclausule met aanvullend vruchtgebruiklegaat mag worden gewaardeerd aan de hand van de tabellen van het Uitvoeringsbesluit Successiewet. De legataris verkrijgt immers pas het vruchtgebruik als hij binnen dertig dagen na erflater overlijdt.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 108.

## 6 Conclusie

De in deze bijdrage besproken systematiek van de dertigdagenclausule laat zien dat we te maken hebben met een uiterst dynamisch estate planningsinstrument. Er valt geen eenduidig antwoord te geven op de vraag hoe en wanneer de dertigdagenclausule fiscaal het meest voordelige resultaat oplevert.

Wat in ieder geval duidelijk moge zijn is dat de testamentaire dertigdagenclausule onder de gewijzigde Successiewet niet overbodig is geworden. Met de introductie van art. 53, vierde lid Successiewet zullen wel nieuwe maatstaven aangelegd moeten worden om de inzet van de testamentaire dertigdagenclausule te kunnen beoordelen. Deze kan onder omstandigheden beter vervallen in de situatie dat de wettelijke regeling fiscaal een voordeliger resultaat oplevert. In dit verband moet echter niet worden vergeten dat veel erflaters met de inzet van de dertigdagenclausule ook een civiele bedoeling hebben. Het verdient dan ook aanbeveling bij de inzet van de dertigdagenclausule en het beoordelen van de eventuele gevolgen de wens van de erflater goed in de gaten te houden.

Het voorgaande maakt duidelijk dat de inzet van de dertigdagenclausule als estate planningstool vraagt om een zorgvuldige afweging van de omstandigheden van het geval. Een secure dosering van dit estate planningsmechanisme dient hierbij in mijn ogen altijd het eerste en tevens meest belangrijke advies te zijn.

# DE SCHENKINGSVRIJSTELLING EIGEN WONING: SCHENKING OF LENING?

mr. Y.J.M. Pijpers

## 1 Inleiding

Ouders hebben jaarlijks de mogelijkheid om een bedrag te schenken aan hun kind zonder dat hierover schenkbelasting is verschuldigd. Deze jaarlijkse vrijstelling bedraagt in 2010 € 5.000 (in 2011 € 5.030) (hierna te noemen: jaarlijkse vrijstelling). Voor schenkingen aan kinderen tussen 18 en 35 jaar kan deze vrijstelling eenmalig worden verhoogd tot een bedrag van € 24.000 (in 2011: € 24.144) (hierna te noemen: eenmalig verhoogde vrijstelling).<sup>147</sup> In tegenstelling tot de jaarlijkse vrijstelling, dient op de eenmalig verhoogde vrijstelling een beroep te worden gedaan in de aangifte schenkbelasting. Zowel het bedrag dat wordt geschonken met toepassing van de jaarlijkse vrijstelling als het bedrag dat wordt geschonken met toepassing van de eenmalig verhoogde vrijstelling kan door het kind vrij worden besteed. De eenmalig verhoogde vrijstelling komt in de plaats van de in het desbetreffende kalenderjaar geldende jaarlijkse vrijstelling. De honorering van een beroep op de eenmalig verhoogde vrijstelling sluit de toekenning van de 'gewone' vrijstelling in dat jaar dan ook uit.

<sup>147</sup> Art. 33, onderdeel 5 Successiewet.

Met ingang van 1 januari 2010 is in art. 33, onderdeel 5 Successiewet de mogelijkheid opgenomen om de eenmalig verhoogde vrijstelling verder te verhogen naar een bedrag van € 50.000 (in 2011 € 50.300) (hierna te noemen: verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning). Als voorwaarde hiervoor geldt dat het bedrag is geschonken ter zake van de verwerving van de eigen woning als bedoeld in art. 3.111, eerste lid Wet IB 2001 of is bestemd voor de betaling van kosten van een studie of opleiding voor een beroep, welke kosten aanzienlijk hoger zijn dan gebruikelijk. Kosten worden in dit kader aangemerkt als 'aanzienlijk hoger dan gebruikelijk' indien deze ten minste € 20.000 per jaar bedragen.<sup>148</sup> In deze bijdrage blijft de aanwending van de schenking voor een studie buiten beschouwing.

<sup>148</sup> Art. 6 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

Reeds tijdens de parlementaire behandeling is aan de staatssecretaris gevraagd of ouders die een bijzondere kostbare studie voor hun kinderen betalen, wel een schenking verrichten aan hun kind. Deze vraag is terecht omdat in deze gevallen vaak niet aan het element 'vrijgevigheid' wordt voldaan. De staatssecretaris merkt op dat wanneer een dergelijke bijdrage juridisch verplicht is of kan worden aangemerkt als een natuurlijke verbintenis, er uiteraard geen sprake is van een schenking. Dat zal volgens de staatssecretaris doorgaans het geval zijn. De vraag hoever deze verplichtingen van de ouders gaan, is een civielrechtelijke vraag die afhangt van de omstandigheden van het geval waarbij zowel de specifieke behoeften van het kind als de financiële positie van de ouders een rol spelen. Wanneer sprake is van een schenking is niet in een vast bedrag uit te drukken, *Kamerstukken I* 2009/2010, 31 930, D, p. 15.

Uit de enquête die is uitgevoerd door UvT/BDO blijkt dat de verhoogde schenkingsvrijstelling in verband met de eigen woning door de geënquêteerden werd beoordeeld met een 6,3 gemiddeld. Daarnaast heeft 75,2% van de geënquêteerden aangegeven dat er sinds 1 januari 2010 meer vraag is naar schenkingen waarbij de verhoogde vrijstelling voor de aankoop van de eigen woning kan worden ingezet. Dit laatste cijfer veronderstelt dat de vrijstelling in de notariële praktijk daadwerkelijk en vrij frequent wordt toegepast.

Met het oog op de mogelijkheid van renteaftrek in de inkomstenbelasting zou een alternatief zijn dat de ouders het bedrag van € 50.000 niet aan hun kind schenken maar lenen. Deze bijdrage behandelt de vraag of het vanuit *fiscale* optiek aantrekkelijk kan zijn om te lenen in plaats van te schenken en maakt een vergelijking tussen beide mogelijkheden. Allereerst wordt ingegaan op de nieuwe regeling als zodanig en de voorwaarden die gelden voor toepassing van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning.

## 2 Verruiming eenmalig verhoogde vrijstelling ouders-kinderen

### 2.1 Algemeen

De verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning is voorgesteld bij amendement.<sup>149</sup> Het amendement gaat niet in op de achtergrond van de nieuwe vrijstelling, maar aangenomen wordt dat het door de vrijstelling met name starters op de woningmarkt gemakkelijker wordt gemaakt om een woning te kopen.<sup>150</sup> De verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning geldt overigens niet alleen voor de eerste eigen woning, maar ook voor een tweede of volgende eigen woning, mits uiteraard aan de overige voorwaarden voor toepassing van de vrijstelling wordt voldaan.

<sup>149</sup> *Kamerstukken II* 2009/2010, 31 930, nr. 82 (Omtzigt en Cramer).

<sup>150</sup> M.J.J.R. van Mourik, De eigen woning: wijzigingen per 1 januari 2010 (II, slot), *WPNR* (2010) 6836.

Evenals bij de overige schenkingsvrijstellingen gaat het ook bij de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning om een voetvrijstelling. Indien meer wordt geschonken dan het bedrag van de vrijstelling, is alleen over het meerdere schenkbelasting verschuldigd.<sup>151</sup> Op de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning moet in de aangifte een beroep worden gedaan. Naar de tekst van de wet dient het gehele bedrag van € 50.000 te worden aangewend voor de aankoop van de eigen woning. Volgens de staatssecretaris mag het bedrag van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning echter worden gesplitst in een bedrag van € 26.000 dat wordt gebruikt voor de aanschaf van de eigen woning en een bedrag van € 24.000 dat wordt gebruikt voor andere doeleinden.<sup>152</sup> Wel heeft de staatssecretaris uitdrukkelijk opgemerkt dat het gaat om een eenmalige verhoging van de vrijstelling, zodat de twee bedragen niet in twee verschillende jaren kunnen worden geschonken. Dit heeft tot gevolg dat een eventueel niet benut gedeelte van de vrijstelling niet in een ander jaar kan worden benut.

## 2.2 Overgangsrecht

In art. 33, onderdeel 6 Successiewet is een tijdelijke regeling getroffen voor kinderen die ter zake van een schenking, die voor 1 januari 2010 heeft plaatsgevonden, reeds gebruik hebben gemaakt van de eenmalig verhoogde vrijstelling die tot 1 januari 2010 gold en dus geen gebruik meer kunnen maken van de nieuwe verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning. Deze kinderen kunnen tot het bereiken van de 35-jarige leeftijd in aanmerking komen voor een aanvullende eenmalige vrijstelling van € 26.000, indien de schenking wordt gebruikt voor de aankoop van een eigen woning en bij de aangifte een beroep wordt gedaan op deze vrijstelling. Deze vrijstelling is in een apart onderdeel van art. 33 Successiewet opgenomen en kan worden verkregen 'tot een bedrag van € 26.000. Het gaat niet om de *verhoging* van de jaarlijkse vrijstelling, zodat hieruit kan worden afgeleid dat de vrijstelling niet in de plaats komt van de jaarlijkse vrijstelling, maar als aanvulling op deze vrijstelling geldt. Dit ligt ook voor de hand omdat in het jaar voorafgaand aan 2010 waarin de oorspronkelijke eenmalig verhoogde vrijstelling is benut de jaarlijkse vrijstelling reeds niet meer is toegepast.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> Hierbij moet rekening worden gehouden met het bepaalde in art. 28 Successiewet, op grond waarvan alle schenkingen welke door ouders tezamen of afzonderlijk in een kalenderjaar aan een kind worden gedaan, bij elkaar worden geteld tot één schenking.

<sup>152</sup> *Kamerstukken I* 2009/2010, 31 930, D, p. 57. De minister van Financiën bevestigt dit standpunt in zijn besluit van 15 september 2010, VN 2010/50.24, onderdeel 8.1, voorbeeld 4, mits het bedrag dat voor de andere doeleinden dan de eigen woning wordt gebruikt niet meer bedraagt dan € 24.000.

<sup>153</sup> In dezelfde zin L.E. Welkers, Verhoogde vrijstelling voor schenkbelasting, *FBN* 2010/ 34.

## 3 Voorwaarden voor toepassing van de vrijstelling

### 3.1 Inleiding

De verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning van € 50.000 wordt slechts verleend indien is voldaan aan een aantal aanvullende voorwaarden. Deze voorwaarden zijn opgenomen in art. 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting. Met de voorwaarden wordt beoogd zo goed mogelijk zeker te stellen dat het bedrag van de schenking overeenkomstig de bedoeling van de vrijstelling wordt aangewend.<sup>154</sup>

### 3.2 Schenking onder opschortende voorwaarde

Omdat er enige tijd kan verstrijken tussen het ter beschikking stellen van het geldbedrag en de verwerving van de als eigen woning in de zin van art. 3.111 Wet IB 2001 kwalificerende woning, is in art. 5, onderdeel a Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting bepaald dat de schenking moet zijn gedaan onder de opschortende voorwaarde dat de begunstigde een eigen woning heeft verworven als bedoeld in art. 3.111 Wet IB 2001. Op grond van art. 1, negende lid Successiewet komt de schenking pas tot stand op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld. Hierdoor wordt voorkomen dat de vrijstelling kan worden gevraagd voor een schenking die wordt gedaan op een tijdstip lang voordat het kind een woning aankoopt of wanneer nog onzeker is dat ooit een woning zal worden gekocht. Indien de eis van de opschortende voorwaarde niet zou worden gesteld, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat indien het geschonken bedrag toch niet wordt aangewend voor de aankoop van een eigen woning, de vrijstelling ten onrechte aan het kind zou zijn verleend. De wet biedt geen mogelijkheid om de, ten onrechte toegepaste vrijstelling, op een later moment alsnog in te trekken. Nu van een schenking in de zin van de Successiewet sprake is zodra de opschortende voorwaarde is vervuld, betekent dit dat ook op het moment van in vervulling gaan van de voorwaarde het kind nog steeds een leeftijd moet hebben van tussen de 18 en 35 jaar.

<sup>154</sup> Toelichting op art. 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, Besluit staatssecretaris van Financiën, 31 december 2009, VN 2010/5.8.2.

### 3.3 Eigen woning

Voor het begrip eigen woning wordt verwezen naar de 'eigen woning' als bedoeld in art. 3.111



<sup>155</sup> *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 17, p. 91.

<sup>156</sup> Op grond van de zaak Renneberg, HvJ EG 16 oktober 2008, nr. C-527/06, *VN* 2008/51.14 zou aftrek van de hypotheekrenteaftrek ook mogelijk moeten zijn zonder te opteren voor behandeling als binnenlands belastingplichtige.

<sup>157</sup> Op grond van art. 3 Successiewet.

<sup>158</sup> De regeling van art. 7.2, eerste lid, onderdeel f Wet IB 2001 voor buitenlands belastingplichtigen, dat het moet gaan om een in Nederland gelegen eigen woning (onlangs bevestigd door Gerechtshof 's-Gravenhage, te kennen uit HR 8 oktober 2010, *VN* 2010/63.1.5), werkt mijns inziens eveneens niet door naar de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning.

<sup>159</sup> Besluit minister van Financiën, 15 september 2010, *VN* 2010/50.24, onderdeel 8.

<sup>160</sup> Aantekening Vakstudie Nieuws bij de Toelichting op art. 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, t.a.p.

<sup>161</sup> Zie L.E. Welkers, Verhoogde vrijstelling voor schenkbelasting, *FBN* 2010/34, die van mening is dat de vrijstelling ook in deze situatie van toepassing zou moeten zijn.

<sup>162</sup> *Notamail* 15 juli 2010 en Brief Belastingdienst Randmeren kantoor Zwolle 9 juli 2010.

<sup>163</sup> Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Fiscale verzamelwet 2010), *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 401.

Wet IB 2001. Hiertoe behoort tevens de eigen woning welke is gelegen in het buitenland.<sup>155</sup> Een buitenlands belastingplichtige kan ingevolge art. 2.5 Wet IB 2001 opteren voor behandeling als binnenlands belastingplichtige. Voor buitenlands belastingplichtigen met een eigen woning in het buitenland kan dit met het oog op de financieringsrenteaftrek voordelig zijn. Dit zal zich met name voordoen in situaties dat de buitenlands belastingplichtige in Nederland belastbaar inkomen uit box 1 geniet.<sup>156</sup> Dat tot het begrip 'eigen woning' ook de buitenlandse eigen woning behoort is van belang voor de schenker die, feitelijk of fictief<sup>157</sup> in Nederland woont en een schenking wenst te doen aan zijn in het buitenland wonende kind met toepassing van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning. Uiteraard zal de buitenlandse woning verder aan alle voorwaarden voor kwalificatie van een 'eigen woning' moeten voldoen. Het is mijns inziens niet nodig dat het kind ook daadwerkelijk in de Nederlandse inkomstenbelastingheffing wordt betrokken: het genieten van Nederlands belastbaar inkomen en het opteren voor binnenlandse belastingplicht zijn naar mijn mening dan ook niet noodzakelijk voor een geslaagd beroep op de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning.<sup>158</sup>

### 3.4 Notariële akte

De tweede voorwaarde houdt in dat van de schenking een notariële akte is opgemaakt, waarin is opgenomen dat het geschonken bedrag bestemd is voor de verwerving van een eigen woning. Deze eis wordt gesteld voor de controlebaarheid. In de toelichting op het amendement is reeds aangegeven dat aan deze eis wordt voldaan indien bij de levering van de woning in de akte van levering wordt opgenomen dat het geschonken bedrag moet worden gebruikt voor het betalen van (een gedeelte van) de koopsom. De minister van Financiën heeft dit inmiddels ook bevestigd.<sup>159</sup> Het opstellen van een afzonderlijke notariële akte is in deze situatie dan ook niet nodig. Overigens zal dit zich alleen voordoen indien er sprake is van de verkoop van de woning van ouders aan kinderen. Bij verkoop van een eigen woning door een derde aan het kind zal steeds een afzonderlijke notariële schenkingsakte moeten worden opgesteld. De vraag kan worden gesteld of de eis van een notariële akte niet te stringent is en of een registratie bij de Belastingdienst van een onderhandse akte niet ook zou kunnen volstaan.<sup>160</sup>

### 3.5 Schriftelijke bescheiden

Ten slotte moet desgevraagd met schriftelijke bescheiden worden aangetoond dat het bedrag van de schenking daadwerkelijk door de schenker is betaald en door de begunstigde is aangewend voor de verwerving van de eigen woning. Volgens de toelichting op art. 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zou hierbij bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een afzonderlijke vermelding van dat bedrag op de afrekening van de notaris die de levering van de woning heeft verzorgd.

### 3.6 Kwijtschelding koopsom

Naar de letter van art. 5, onderdeel c Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zou deze verhoogde vrijstelling niet van toepassing zijn als ouders een woning overdragen aan hun kind (die aldaar zijn hoofdverblijf zal hebben) en bij de levering de koopprijs geheel dan wel gedeeltelijk kwijtschelden omdat dan niet is voldaan aan de eis '*dat het bedrag van de schenking daadwerkelijk door de schenker is betaald*'.<sup>161</sup> De Belastingdienst heeft in een specifieke situatie aangegeven ermee akkoord te gaan dat art. 33, onderdeel 5 Successiewet ook kan worden toegepast bij een overdracht van een woning aan een kind waarbij in de leveringsakte wordt opgenomen dat een deel van de koopprijs wordt kwijtgescholden. Het is volgens de behandelend inspecteur niet vereist dat van de kwijtschelding een afzonderlijke schenkingsakte wordt opgesteld.<sup>162</sup> Deze goedkeuring vinden we in het Besluit van 15 september 2010 echter niet terug en ook de Fiscale verzamelwet 2010 zwijgt hierover. Een gemiste kans naar mijn mening. Het gevolg hiervan is dat in een voorkomend geval de situatie nog steeds zal moeten worden voorgelegd aan de inspecteur.

## 4 Verruiming van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning

### 4.1 Fiscale verzamelwet 2010

Ingevolge de Fiscale verzamelwet 2010<sup>163</sup> is onderdeel 5 van art. 33 Successiewet gewijzigd. De wijziging beoogt het bereik van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning zodanig

te verruimen dat deze ook mag worden aangewend voor de aflossing van de eigenwoningschuld en voor onderhoud en verbetering van de eigen woning. De staatssecretaris had eerder uit de toelichting op het amendement afgeleid dat de vrijstelling niet is bedoeld voor de aflossing van een schuld nadat een eigen woning is aangeschaft.<sup>164</sup> Omdat de toelichting inderdaad alleen spreekt over de verwerving van een eigen woning is de wet op dit punt gewijzigd.

<sup>164</sup> Kamerstukken I 2009/2010, 31 930, D, p. 14.

De wijziging houdt in dat de in art. 33, onderdeel 5 Successiewet opgenomen verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning van € 50 000, ook van toepassing is voor schenkingen ter dekking van kosten voor verbetering of onderhoud van een eigen woning, afkoop van een recht van erfpacht, opstal, of beklemming en een aflossing van de eigenwoningschuld. Bij schenkingen die zien op de kosten van onderhoud en verbetering van de eigen woning zou de eis van de opschortende voorwaarde op praktische bezwaren kunnen stuiten. Verbouwingen aan de eigen woning en onderhoud kunnen geruime tijd in beslag nemen en lopen soms onverwacht uit zonder dat de begunstigde dat altijd in de hand heeft. Als hier evenals de voorwaarde zou gelden dat de schenking onder opschortende voorwaarde moet worden gedaan, zou een dergelijke vertraging problemen kunnen opleveren voor een begunstigde die de maximumleeftijd van 35 jaar nadert. De schenking komt immers voor de toepassing van de Successiewet pas tot stand op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld. Als de voorwaarde pas wordt vervuld nadat de leeftijdsgrens is overschreden, zou de vrijstelling niet meer gelden. Daarom heeft de staatssecretaris van Financiën voor schenkingen die zien op kosten voor onderhoud en verbetering van de eigen woning gekozen voor een ander regime.<sup>165</sup>

<sup>165</sup> De inhoud van de voetnoot is "Besluit staatssecretaris van Financiën, 23 december 2010, Artikel IX, onderdeel C (artikel 5 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting), DB 2010/281, <http://ikregeer.nl/document/stcrt-2010-21111>.

Verder is aan art. 33, onderdeel 5 Successiewet toegevoegd dat de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning niet alleen geldt voor een eigen woning als bedoeld in art. 3.111, eerste lid Wet IB 2001, maar ook voor een eigen woning als bedoeld in het derde lid van dat artikel. Het eerste lid ziet op een woning waarin de begiftigde zijn hoofdverblijf heeft. Het zal echter niet vaak voorkomen dat bij de aanschaf van een nieuwe woning deze woning nog dezelfde dag door de koper wordt betrokken. Met de toevoeging van art. 3.111, derde lid Wet IB 2001 is de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning uitgebreid tot een woning die leeg staat of in aanbouw is en uitsluitend bestemd is om de begiftigde in het lopende kalenderjaar of de twee kalenderjaren daarna als een eigen woning als bedoeld in het eerste lid ter beschikking te staan.

## 4.2 Wijziging overgangsrecht

De wijziging van art. 33, onderdeel 6 Successiewet strekt ertoe de verruiming van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning, zoals voorgesteld voor art. 33, onderdeel 5 Successiewet, ook te laten gelden voor de overgangsregeling ter zake van die verhoogde vrijstelling. Verder is een omissie hersteld door aan de aanhef van art. 33, onderdeel 6 Successiewet, toe te voegen dat de aanvullende eenmalige vrijstelling wordt verleend onder bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden. Een dergelijke delegatiebepaling is wel opgenomen in art. 33, onderdeel 5 Successiewet, maar was abusievelijk niet opgenomen in onderdeel 6. Hierdoor worden voor het verlenen van deze vrijstelling dezelfde voorwaarden gesteld als voor de vrijstelling in art. 33, onderdeel 5 Successiewet.

## 4.3 Terugwerkende kracht

Zoals hiervoor is aangegeven wordt de toepassing van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning met ingang van 1 januari 2011 uitgebreid. In het besluit d.d. 15 september 2010, VN 2010/50.24 worden deze uitbreidingen, vooruitlopend op de wetswijziging, reeds goedgekeurd. Deze goedkeuringen in het besluit hebben terugwerkende kracht tot 1 januari 2010 en gelden zowel voor art. 33, onderdeel 5 als onderdeel 6 Successiewet. In het besluit worden aan de goedkeuring dezelfde voorwaarden verbonden als die zijn vermeld in art. 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting. Tevens is dit artikel van overeenkomstige toepassing verklaard.

## 5 Invloed leeftijd partner

Voor de berekening van de verschuldigde schenkbelasting worden partners<sup>166</sup> als één en dezelfde persoon aangemerkt.<sup>167</sup> De verschuldigde schenkbelasting wordt berekend volgens het tarief en de vrijstelling die gelden voor de partner die de schenker het naast verwant is. Een vrijstelling is echter alleen van toepassing als de verkrijger zelf voldoet aan de daaraan verbonden voor-

<sup>166</sup> Als bedoeld in art. 1a Successiewet.

<sup>167</sup> Art. 26 Successiewet.



waarden. Het is in beginsel niet van belang of de partner aan de voorwaarden voldoet. Dat geldt ook voor de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning, zodat het verkrijgende kind op het moment van de schenking tussen de 18 en 35 jaar moet zijn. Hetzelfde geldt voor de aanvullende eenmalige vrijstelling van € 26.000 op grond van art. 33, onderdeel 6 Successiewet.

De minister van Financiën heeft met toepassing van art. 63 AWR (de hardheidsclausule) voor de toepassing van de eenmalig verhoogde vrijstellingen van art. 33, onderdeel 5 en 6 Successiewet goedgekeurd dat de eenmalig verhoogde vrijstelling ook kan worden toegepast als het kind aan wie is geschenken, zelf niet aan de voorwaarden voldoet, maar wel zijn partner als bedoeld in art. 1a van de Successiewet.<sup>168</sup> Hierbij geldt de voorwaarde dat het kind of zijn partner niet voor een andere schenking door zijn of haar (schoon)ouders een beroep heeft gedaan op de eenmalig verhoogde vrijstelling.

Onder de oude Successiewet gold voor de eenmalig verhoogde vrijstelling reeds een vergelijkbare goedkeuring.<sup>169</sup> Aan deze goedkeuring waren de volgende voorwaarden verbonden:

- de partner heeft niet voor een andere schenking door zijn of haar schoonouders een beroep gedaan op de eenmalig verhoogde vrijstelling;
- de goedkeuring vervalt op het moment dat de partner voor een andere schenking door zijn of haar schoonouders een beroep doet op de eenmalig verhoogde vrijstelling.

Uit de aanvullende voorwaarden die onder het oude Besluit werden gehanteerd, blijkt dat de goedkeuring van toepassing was, tenzij die partner van zijn *schoonouders* een andere schenking had ontvangen of alsnog ontving waarop de eenmalig verhoogde vrijstelling van toepassing was.<sup>170</sup> In het nieuwe Besluit is een gedeelte van het woord (schoon)ouders tussen haakjes geplaatst. Dit impliceert dat de toepassing van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning via de partner eveneens vervalt indien deze partner van zijn *eigen ouders* een schenking ontvangt waarvoor om toepassing van deze vrijstelling wordt gevraagd. Deze zienswijze blijkt echter niet uit het eerste voorbeeld dat in het nieuwe besluit wordt gegeven. Hierin staat dat wanneer later door de partner een beroep wordt gedaan op de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning, de *goedkeuring* niet nogmaals kan worden toegepast. Ik ga ervan uit dat de partner voor een schenking van zijn eigen ouders de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning en de aanvullende eenmalig verhoogde schenking van art. 33, onderdeel 5 en 6 Successiewet alsnog kan toepassen, ook als reeds van de goedkeuring gebruik is gemaakt.<sup>171</sup>

## 6 Gevolgen voor de inkomstenbelasting

Het toepassen van de verhoogde vrijstelling voor de schenkbelasting in verband met de verwerving van een eigen woning heeft gevolgen voor de omvang van de eigenwoningschuld in de inkomstenbelasting. In art. 3.119a, eerste lid Wet IB 2001 is bepaald dat de omvang van de eigenwoningschuld als volgt wordt bepaald:

- het gezamenlijke bedrag van de schulden die zijn aangegaan ter verwerving van een eigen woning (plafond 1), doch maximaal
- een bedrag gelijk aan de kosten ter verwerving van de eigen woning verminderd met het bedrag van de eigenwoningreserve en verminderd met hetgeen met toepassing van de vrijstelling van art. 33, onderdeel 5 en 6 Successiewet is verkregen (plafond 2).

Volgens de toelichting op het amendement wordt er hierdoor geen hypotheekrenteaftrek genoten, voor zover een hogere schuld is aangegaan dan het verschil tussen enerzijds de kosten ter verwerving van de eigen woning, verminderd met de eventuele eigenwoningreserve, en anderzijds het bedrag waarvoor de ouders gebruik hebben gemaakt van de verhoogde vrijstelling van schenking aan kinderen, bedoeld in art. 33, onderdeel 5 en 6 Successiewet, verband houdend met de verwerving van de eigen woning. Onderstaand een voorbeeld ter verduidelijking, waarbij een woning wordt gekocht voor een bedrag van € 200.000. Ter financiering van dit bedrag wordt € 150.000 geleend en € 50.000 wordt betaald door middel van een schenking van de ouders waarop de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning van toepassing is.

<sup>168</sup> Besluit van 15 september 2010, VN 2010/50.24, onderdeel 8.2. Met de woorden 'eenmalig verhoogde vrijstelling' wordt bedoeld op de in deze bijdrage genoemde eenmalig verhoogde vrijstelling, de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning en de aanvullende eenmalige vrijstelling.

<sup>169</sup> Besluit van 30 mei 2008, VN 2008/31.21, onderdeel 8.

<sup>170</sup> Welkers merkt op dat onder het oude Besluit de goedkeuring vervalt indien de partner zelf van zijn ouders eveneens verkrijgt krachtens schenking, en hij of zij ter zake van die schenking een beroep doet op de eenmalig verhoogde vrijstelling, Welkers t.a.p.

<sup>171</sup> Zie ook de aantekening van de Vakstudie Nieuws bij het Besluit van 15 september 2010, t.a.p., waarin wordt aangegeven dat onderdeel 8.2 inhoudelijk overeenkomt met het besluit van 30 mei 2008, VN 2008/31.21.

**Voorbeeld**

Kosten ter verwerving van de eigen woning	€ 150.000
Eigenwoningschuld plafond 1	€ 150.000
Kosten ter verwerving van de eigen woning	€ 200.000
Eigenwoningreserve	€ 0 -/-
Vrijstelling o.g.v. art. 33, onderdeel 5 SW	€ 50.000 -/-
Maximale eigenwoningschuld plafond 2	€ 150.000

Kort gezegd komt de wijziging van art. 3.119a, eerste lid Wet IB 2001 per 1 januari 2010 erop neer dat over het bedrag van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning geen renteaftrek kan worden genoten. Het kind dat voor de eerste maal een eigen woning aanschaf (en dus geen eigenwoningreserve heeft) en voor de betaling van een gedeelte van de koopsom het bedrag van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning gebruikt, heeft voor dit laatste gedeelte geen schuld, dus ook geen eigenwoningschuld. Over dit gedeelte wordt geen rente betaald, zodat ook geen rente kan worden aftgetrokken. Voor deze situatie had de bepaling van de renteaftrekbeperking dan ook niet expliciet in de wet opgenomen te hoeven worden (zie ook het voorbeeld hiervoor).

De wijziging van art. 3.119a Wet IB ziet dan ook op het kind dat reeds een eigenwoningreserve heeft. Stel, de kosten ter verwerving van de woning bedragen € 200.000, de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning € 50.000 en de eigenwoningreserve € 50.000. De maximale eigenwoningschuld bedraagt dan € 100.000. Zie onderstaand voorbeeld ter toelichting.

**Voorbeeld**

Kosten ter verwerving van de eigen woning	€ 150.000
Eigenwoningschuld plafond 1	€ 150.000
Kosten ter verwerving van de eigen woning	€ 200.000
Eigenwoningreserve	€ 50.000 -/-
Vrijstelling o.g.v. art. 33 onderdeel 5 SW	€ 50.000 -/-
Maximale eigenwoningschuld plafond 2	€ 100.000

Het voorbeeld laat zien dat zonder de toevoeging aan art. 3.119a, eerste lid Wet IB 2001, de eigenwoningschuld tot een bedrag van de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning te hoog zou zijn geweest.<sup>172</sup>

<sup>172</sup> Zie voor een uitgebreidere toelichting Van Mourik t.a.p., onderdeel 3.5.

## 7 Schenking of lening?

### 7.1 Inleiding

De verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning oogt sympathiek: ouders kunnen een verhoogd bedrag schenken aan hun kinderen zonder dat daarover schenkbelasting is verschuldigd. Bovendien verlaagt de schenking de nalatenschap van de ouders, zodat in de toekomst over dat bedrag, inclusief waardeaan groei, geen erfbelasting meer is verschuldigd. Zoals hiervoor aangegeven beïnvloedt de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning wel de omvang van de renteaftrek van het kind in de inkomstenbelasting. Vanuit fiscaal oogpunt zal het voordeel dat nu eenmalig een bedrag aan schenkbelasting wordt bespaard en in de toekomst een bedrag aan erfbelasting, moeten worden afgezet tegen het verlies van het netto inkomstenbelastingvoordeel over een periode van maximaal 30 jaar.

Om bovenstaande toe te lichten, worden de volgende twee situaties met elkaar vergeleken.

### 7.2 Vergelijking

#### Situatie 1

Vader schenkt aan zijn zoon een bedrag van € 50.000 met toepassing van de schenkingsvrijstelling eigen woning, het gehele bedrag wordt door de zoon aangewend voor de aankoop van de eigen woning.

**Situatie 2**

Vader leent aan zijn zoon een bedrag van € 50.000 tegen een rente van 5%, het gehele bedrag wordt door de zoon aangewend voor de aankoop van de eigen woning.

**(Overige) uitgangspunten**

- Waarde woning en koopsom € 400.000
- Marginaal tarief erfbelasting bij overlijden vader 20%
- Marginaal IB-tarief zoon 52%
- De box 3-heffing wordt aan het eind van het betreffende jaar betaald, maar berekend over de waarde van het vermogen per 1 januari van het betreffende jaar.<sup>173</sup> Hierbij wordt geen rekening gehouden met het heffingvrije vermogen.
- De berekening ziet op de laatste € 50.000 van vader, aan de top. Ook voor wat betreft de gevolgen van het kind wordt alleen deze € 50.000 in aanmerking genomen. Het overige vermogen van vader en zoon blijft buiten beschouwing.
- Indien vader het bedrag leent aan zijn zoon, schenkt vader jaarlijks de netto door de zoon te betalen rente terug. Hierdoor is de financieringslast van de zoon ten aanzien van het bedrag van € 50.000 bij lenen en schenken gelijk.
- De waarde van de woning van de zoon blijft gelijk.

<sup>173</sup> Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Fiscale vereenvoudigingswet 2010), Kamerstukken II 2009/2010, 32 401, nr. 2.

**Schenking € 50.000**

Gevolgen vader (box 3)	Jaar 1 (€)	Jaar 2 (€)	Jaar 18 (€)	Jaar 19 (€)
■ beginvermogen vader	50.000			
■ schenking	50.000			
Vermogen na schenking	0			
Box 3 heffing	600			
Netto eindvermogen	(600)	nihil	nihil	nihil
<b>Gevolgen kind (box 1)</b>				
Ontvangen schenking	50.000	50.000	50.000	50.000
Erfbelasting bij overlijden vader	0	0	0	0
Netto vermogen vader en zoon	49.400	49.400	49.400	49.400

**Lening € 50.000**

Gevolgen vader (box 3)	Jaar 1 (€)	Jaar 2 (€)	Jaar 18 (€)	Jaar 19 (€)
■ beginvermogen (contanten/vordering)	50.000	50.700	60.823	61.393
■ ontvangen rente	2.500	2.500	2.500	2.500
■ schenking rente	1.200	1.200	1.200	1.200
Eindvermogen	51.300	52.000	62.123	62.693
Box 3 heffing	600	608	730	737
Netto eindvermogen	50.700	51.392	61.393	61.957
<b>Gevolgen kind (box 1) (bezittingen minus schuld)</b>				
	0	0	0	0
Erfbelasting bij overlijden vader	10.140	10.278	12.279	12.391
Netto vermogen vader en zoon	40.560	41.113	49.115	49.565

**7.3 Conclusies**

Uit bovenstaande uitkomsten kan in deze concrete casus worden geconcludeerd dat vanaf jaar 19 lenen voordeliger wordt dan schenken, omdat in dat jaar het netto vermogen op familieniveau, dus van vader en zoon samen, bij lenen hoger is (€ 49.565) dan wanneer het bedrag van € 50.000 zou zijn geschonken (€ 49.400). Meer algemeen kunnen de volgende voor- en nadelen van schenken dan wel lenen worden gedestilleerd.

### *Voordelen schenking*

- 1 Het bedrag van € 50.000 kan nu zonder schenkbelasting worden overgedragen en in de toekomst wordt over dit bedrag (inclusief waardeinstijging) maximaal 20% erfbelasting bespaard.
- 2 De zoon wendt het bedrag aan ter verwerving van de eigen woning (box 1), zodat een toekomstige waardeinstijging van de woning eveneens onder het eigenwoningregime valt van box 1. Dat wil zeggen dat de toekomstige waardeinstijging niet wordt belast met inkomstenbelasting.

### *Nadeel schenking*

Voor zover er sprake is van een schenking ter verwerving van de eigen woning, betaalt de zoon geen rente. Er bestaat dan ook geen renteaftrek over het bedrag van € 50.000, zodat de fiscus niet jaarlijks voor € 1.300 'meebetaalt' aan de financiering van de woning.

### *Voordeel lenen*

Aangezien het bedrag van € 50.000 wordt aangewend voor de verwerving van een eigen woning, bestaat er over dit bedrag renteaftrek. In dit voorbeeld 'betaalt' de fiscus ieder jaar voor € 1.300 mee aan de woning, zodat er op familieniveau € 1.300 meer overblijft dan ingeval van schenking.

### *Nadelen lenen*

- 1 Vader heeft een vordering op zijn zoon ter grootte van € 50.000, zodat hierover nog jaarlijks box 3 heffing is verschuldigd. In dit voorbeeld schenkt vader slechts het bedrag van de netto rentelast terug aan zijn zoon, zodat het vermogen van vader jaarlijks met € 1.300 toeneemt. Hierdoor neemt ook de jaarlijkse box 3 heffing toe, hetgeen het box 1/rentevoordeel van de zoon (steeds verder) verlaagt.
- 2 Het vermogen van vader neemt jaarlijks met de netto ontvangen rente toe, zodat de erfbelasting bij zijn overlijden hoger zal zijn.

### *Aandachtspunten bij lenen*

- 1 Bij het overlijden van vader komen de schuld van de zoon en de vordering van vader in één hand en gaan zij door vermenging teniet. Op dat moment eindigt de renteaftrek bij het kind.
- 2 Uiteraard bestaat het voordeel van lenen bij de gratie van de hypotheekrenteaftrek. Het voortbestaan van deze aftrek is niet evident.<sup>174</sup>

## **8 Conclusie**

Uiteraard is bovenstaand voorbeeld zeer vereenvoudigd en zijn diverse variaties hierop mogelijk. Te denken valt aan de mogelijkheid om het bedrag van de schenking te splitsen, zodat de zoon € 26.000 van de schenking aanwendt ter verwerving van de eigen woning en € 24.000 aan overige zaken besteed. In dat geval blijft de besparing van de erfbelasting in stand, terwijl de renteaftrek voor het kind wordt vergroot. Een andere mogelijkheid is dat het bedrag in eerste instantie door vader aan het kind wordt geleend en pas op een later moment de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning wordt gebruikt ter aflossing van de eigenwoningschuld. Daardoor wordt in eerste instantie renteaftrek genoten en op een later moment alsnog een besparing van erfbelasting bereikt. Voorts kan vader overwegen om niet alleen de netto-rentelast aan zijn zoon te schenken, maar de volledige jaarlijkse vrijstelling te benutten.

In het voorbeeld is hiervan afgezien om een zo zuiver mogelijke vergelijking te maken. Het benutten van de jaarlijkse vrijstelling kan namelijk ook nog als vader de verhoogde schenkingsvrijstelling eigen woning van € 50.000 heeft benut. Per situatie zal moeten worden bekeken en berekend wat vanuit fiscaal oogpunt het voordeligste is: lenen, schenken of bijvoorbeeld een combinatie van beide. Het voorbeeld laat vooral zien welke factoren belangrijk zijn bij het maken van deze afweging, zoals de statistische levensverwachting van de schenker, het tarief waartegen renteaftrek in box 1 mogelijk is en de box 3-gevolgen voor vader. Uiteraard is het vervolgens aan vader en zoon om aan te geven of het fiscaal optimale advies aansluit bij hun persoonlijke wensen.

<sup>174</sup> Zie Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel, Studietoelichting belastingstelsel, april 2010 en Rapport Naar een integrale hervorming van de woningmarkt, Commissie Sociaal-Economische Deskundigen van de Sociaal-Economische Raad, april 2010.

# DE REIKWIJDTE VAN HR 25 JUNI 2010, BNB 2010/274 ONDER DE NIEUWE SUCCESSIEWET 1956

mr. Y.J.M. Pijpers

## 1 Inleiding

Met ingang van 1 januari 2010 is de wettelijke regeling met betrekking tot rentevergoedingen in het kader van erfrechtelijke vorderingen en schulden gewijzigd. Tot die tijd bestond onduidelijkheid over de uitleg van art. 1, tweede lid Successiewet jo. art. 4:13, vierde lid BW. De kernvraag was in hoeverre op grond van deze bepalingen een onderlinge afwijking van de rente door de erfgenamen voor de toepassing van de erfbelasting werd gevolgd. Hierbij werd een onderscheid gemaakt tussen de afwijking van een door de erflater in zijn testament opgenomen rente (de testamentaire rente) en de afwijking van de rente die op grond van art. 4:13, vierde lid BW is verschuldigd (de rente van rechtswege). De Belastingdienst<sup>175</sup> heeft zich over deze problematiek uitgelaten en ook in de literatuur zijn diverse standpunten ingenomen.<sup>176</sup>

Gezien deze onduidelijkheid en de daarmee gepaard gaande onzekerheid verbaast het dat de wetgever bij de indiening van wetsvoorstel 31 930 niet onmiddellijk een nadere wettelijke voorziening heeft opgenomen. Pas bij de eerste nota van wijziging zijn art. 1, derde lid Successiewet, art. 1, vierde lid Successiewet en art. 9 Successiewet geïntroduceerd.<sup>177 178</sup> Deze artikelen zijn van toepassing op belastbare feiten (lees: overlijdens) die zich voordoen of hebben voorgedaan na 1 januari 2010.

Inmiddels heeft ook de Hoge Raad zich in een specifieke situatie over deze kwestie uitgelaten.<sup>179</sup> De uitspraak van de Hoge Raad is gedaan op 25 juni 2010, maar had betrekking op de wetgeving zoals die gold tot 1 januari 2010. In deze bijdrage staat de vraag centraal wat de reikwijdte is van dit arrest en in hoeverre dit arrest betekenis heeft voor de nieuwe wettelijke regeling inzake rentevergoedingen zoals die in de huidige Successiewet 1956 is opgenomen.<sup>180</sup>

Uit de enquête die is uitgevoerd door UvT/BDO blijkt dat de nieuwe wettelijke regeling op grond waarvan een flexibele renteclausule (tenzij-clausule) in beginsel fiscaal wordt gevolgd door de geënquêteerden werd beoordeeld met een 8.8 gemiddeld. Daarnaast heeft 53,1% van de geënquêteerden aangegeven dat er sinds 1 januari 2010 meer vraag is naar akten in verband met de introductie van de 'tenzij-bepaling rente' als bedoeld in art. 1 derde lid Successiewet.

## 2 De wettelijke regeling met betrekking tot rentevergoedingen

### 2.1 De wettelijke regeling tot 1 januari 2010

De erfbelasting is een tijdstipbelasting. Het belastbaar feit is gelegen in het overlijden van de erflater. Dit uitgangspunt brengt mee dat gebeurtenissen na het overlijden niet van invloed zijn op de heffing van erfbelasting.<sup>181</sup> Indien een vordering of schuld krachtens erfrecht ontstaat, betekent dit dat de waarde moet worden bepaald naar het tijdstip van overlijden. Op basis van deze hoofdregel worden onderlinge renteaftspraken, die na het overlijden plaatsvinden voor de toepassing van de erfbelasting niet gevolgd. Tot 1 januari 2010 voorzag art. 1 tweede lid Successiewet echter in een uitzondering. In art. 1 tweede lid was bepaald: *'Onder verkrijging krachtens erfrecht wordt voor de toepassing van deze wet mede verstaan (...), alsmede de verkrijging ingevolge een overeenkomst met betrekking tot rentevergoeding als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek indien een dergelijke rentevergoeding binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn wordt overeengekomen.'*

In het vijfde lid van hetzelfde artikel was bepaald:

*'Indien ten gevolge van uiterste wilsbeschikkingen die inhoudelijk overeenkomen met het bepaalde*

<sup>175</sup> Belastingdienst, Specialistenteam Successie en schenking Rotterdam 13 maart 2007, nr. 4/0500174.

<sup>176</sup> Zie onder meer N.C.G. Gubbels en I.J.F.A. van Vijfeijken, Afwijking van de testamentaire rente fiscaal gevolgd?, *FTV* 2003/11 en W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, 'De ventiel-bepaling': Het successierechtelijk opblazen en laten leeglopen van de erfrechtelijke verkrijgingen, *FBN* 2003/4.

<sup>177</sup> *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 930, nr. 10.

<sup>178</sup> De werking van art. 9 Successiewet blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie daarvoor onder meer T.N. Peters van Neijenhof, Een drietal nieuwe rentebepalingen in de Successiewet 1956, *WPNR* (2010) 6837 en Y.J.M. Nagelmaeker-Pijpers en S. Hendriks, Fiscale renteaftspraken; wordt de wet eenvoudiger?, *FTV* 2009/11.

<sup>179</sup> HR 25 juni 2010, *BNB* 2010/274.

<sup>180</sup> J.C. van Straaten heeft in de noot in *BNB* 2010/274 bij dit arrest dezelfde vraag aan de orde gesteld en ook beantwoord.

<sup>181</sup> HR 2 januari 1903, *PW* 9536.

*in afdeling 1 van titel 3 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek geldvorderingen of wilsrechten opkomen, worden die voor de toepassing van deze wet op dezelfde wijze behandeld als de geldvorderingen en wilsrechten, bedoeld in artikel 13, derde lid, onderscheidenlijk de artikelen 19, 20, 21 en 22 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.'*

Voor uiterste wilsbeschikkingen die, kort gezegd, inhoudelijk overeenkomen met de wettelijke verdeling van Boek 4 BW, betekent dit (voor de toepassing van de 'oude' Successiewet) dat alle bepalingen in de Successiewet die van toepassing waren op geldvorderingen uit hoofde van een wettelijke verdeling, ook van toepassing waren op geldvorderingen ontleend aan de betreffende uiterste wilsbeschikking. Art. 1, vijfde lid Successiewet fungeerde als een schakelbepaling op grond waarvan de betreffende uiterste wilsbeschikking en de wettelijke verdeling successie-rechtelijk gelijkgeschakeld werden. In het bijzonder was hierdoor ook hetgeen in het tweede lid van art. 1 (oud) was bepaald van toepassing op de betreffende uiterste wilsbeschikking.

Wat moet worden verstaan onder 'inhoudelijk overeenkomen met' was niet duidelijk. In de literatuur werd voor de beantwoording van deze vraag wel verwezen naar de toelichting bij art. 5.4 Wet IB 2001 (defiscalisering onderbedelingsvorderingen), zodat naast de ouderlijke boedelverdeling ook de quasi wettelijke verdeling hieronder zou moeten vallen.<sup>182</sup> Daarnaast bestond, zoals in de inleiding reeds is aangegeven, discussie over de vraag wat moest worden verstaan onder de in het tweede lid gebezigde woorden 'ingevolge een overeenkomst met betrekking tot rentevergoeding als bedoeld in art. 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek'. Welke overeenkomsten werden er hier bedoeld? Kort gezegd bestonden er twee stromingen. Van Vijfeijken en Gubbels<sup>183</sup> menen dat de mogelijkheid voor de langstlevende en de kinderen om af te wijken van een door de erflater opgenomen rente niet blijkt uit art. 4:13 vierde lid BW. Daarin staat dat de erflater mag afwijken van de *rente van rechtswege* en dat de langstlevende en de kinderen mogen afwijken van de *rente van rechtswege*. Dat de erfgenamen ook mogen afwijken van een *testamentaire rente* vloeit voort uit de contractsvrijheid van partijen en niet uit art. 4:13 BW. Voor de heffing van erfbelasting behoorde een dergelijke afwijking in hun ogen dan ook niet te worden gevolgd. Als het de bedoeling was geweest om afwijkingen van de testamentaire rente hetzelfde te behandelen als afwijkingen van de rente van rechtswege, had de wetgever dat ook als zodanig kunnen regelen. Zodra de erflater zelf in zijn testament de rente heeft bepaald staat de rente voor de heffing van de erfbelasting vast, ook indien er aan de rentebepaling een tenzij-clausule is toegevoegd, aldus de auteurs.

Schols, Burgerhart en Schols<sup>184</sup> zijn daarentegen van mening dat op grond van art. 4:13, vierde lid BW de erfgenamen de bevoegdheid hebben na het overlijden de rente te wijzigen. Dit geldt ook voor de rente die door de erflater in zijn testament is opgenomen. Dit laatste is volgens hen uitdrukkelijk meegedeeld in de parlementaire geschiedenis.<sup>185</sup> Op grond van art. 1, vijfde lid Successiewet geldt het voorgaande ook voor uiterste wilsbeschikkingen die inhoudelijk overeenkomen met de wettelijke verdeling.<sup>186</sup> Dat betekent dat ook een rente die is opgenomen in een ouderlijke-boedelverdelingstestament bij overeenkomst zou kunnen worden gewijzigd, welke wijziging voor de erfbelasting wordt gevolgd.

## 2.2 De wettelijke regeling vanaf 1 januari 2010

Met ingang van 1 januari 2010 heeft er met betrekking tot dit onderdeel van de Successiewet een tweetal belangrijke wijzigingen plaatsgevonden. Op de eerste plaats is het tweede lid van art. 1 Successiewet vervangen door een nieuw en inhoudelijk gewijzigd derde lid:

*'De verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding op grond van:*

- a een uiterste wilsbeschikking ten aanzien van vorderingen en schulden die zijn ontstaan krachtens erfrecht, of*
- b een overeenkomst als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, wordt voor de toepassing van deze wet geacht alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen.'*

Daarnaast is het vijfde lid van art. 1 Successiewet, de schakelbepaling, komen te vervallen. Deze wijzigingen hebben er voor gezorgd dat er in de notariële praktijk duidelijkheid is ontstaan ten aanzien van de wijze waarop de renteclausules in testamenten moeten worden

<sup>182</sup> W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, t.a.p.

<sup>183</sup> N.C.G. Gubbels en I.J.F.A. van Vijfeijken, Afwijking van de testamentaire rente fiscaal gevolgd?, FTV 2003/11.

<sup>184</sup> W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, 'De ventielbepaling': Het successierechtelijk opblazen en laten leeglopen van de erfrechtelijke verkrijgingen, FBN 2003/4.

<sup>185</sup> Kamerstukken II 1996/1997, 17 141 nr. 21, p. 15 (Parlementaire geschiedenis bij het nieuwe erfrecht, vijfde nota van wijziging).

<sup>186</sup> Zie voor verdere literatuur over dit onderwerp P. Blokland, Prijsschieten: de actuele fiscale stand van zaken met betrekking tot testamentaire renteclausules, FTV 2008/2, B.M.E.M. Schols en J.P.M. Stubbé, Erflater spreekt, ook over de rente!, FBN 2007/6 en B.M.E.M. Schols en J.P.M. Stubbé, Deze erflater sprak niet meer over een aanpassing van de rente!, FBN 2009/2.



**187** Of de onderbedelingsvordering waarop de rente-vestigstelling ziet is ontstaan krachtens erfrecht op grond van een uiterste wilsbeschikking van de erflater, zal naar de feiten en omstandigheden moeten worden beantwoord. Vooral bij een keuze-testament is het de vraag of er nog wel sprake is van een uiterste wilsbeschikking en of de vordering krachtens erfrecht is ontstaan. Dit vraagstuk is primair civielrechtelijk van aard en de staats-secretaris sluit zich daarbij aan, *Kamerstukken I* 2009/2010, 31 930, D, p. 22.

**188** O.m. J.D.H. van Ewijk en F.A.M. Schoenmaker, Drie basiselementen van een goed estate-plannings-testament, *KWEP* 2006/12.

**189** Overigens bestaat het risico dat een rechter zal oordelen dat ook bij de 'handmatige ventielclausule' in feite sprake is van de mogelijkheid om de rente aan te passen, zodat op een dergelijke clausule ook art. 1, derde lid Successiewet van toepassing is. Dit betekent dat ook de 'handmatige ventielclausule' binnen de aangiftetermijn moet worden toegepast, zodat aan deze regeling geen afzonderlijke toegevoegde waarde meer kan worden toegekend.

**190** *Kamerstukken II*, 2009/2010, 31 930, nr. 13.

vormgegeven. Zolang het gaat om een renteovereenkomst als bedoeld in het derde lid, onderdeel a, zal een nader overeengekomen rente worden gevolgd. Zowel bij een wettelijke verdeling, quasi wettelijke verdeling als een keuzelegaat tegen inbreng van de waarde kan worden volstaan met een renteclausule, aangevuld met een tenzij-clausule.<sup>187</sup> Het uitgangspunt daarbij kan zijn een rente van 0% (maximaal fictief vruchtgebruik) of van 6% samengesteld (geen fictief vruchtgebruik), of alles wat daar tussenin ligt. De tenzij-clausule zorgt voor maximale flexibiliteit aangezien de langstlevende, al dan niet met de kinderen tezamen, een andere rente kan overeenkomen, afhankelijk van de omstandigheden ten tijde van het overlijden van de eerste ouder. Deze duidelijkheid over de 'flexibele rente' betekent mogelijk ook het einde van de nauwelijks leesbare, laat staan aan testateurs uit te leggen, zogenoemde 'handmatige ventielclausules' in testamenten.<sup>188</sup> Op grond van deze bepaling is de langstlevende echtgenoot in eerste instantie de 'BNB 1989/260-rente' verschuldigd. Omdat de langstlevende echter tevens het vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen gelegateerd krijgt, kan de rente 'op maat' worden gemaakt door het vruchtgebruiklegaat geheel of gedeeltelijk te verwerpen. Een reden om deze clausules ook na 1 januari 2010 in testamenten op te blijven nemen is dat de 'handmatige ventielclausule' als voordeel kan hebben dat de rente niet binnen de aangiftetermijn hoeft te worden vastgesteld.<sup>189</sup> Mijns inziens zou de handmatige ventielclausule alleen als vangnet moeten fungeren; aangezien de hoogte van de rente van belang is bij het indienen van de aangifte erfbelasting zal er zoveel mogelijk moeten worden gestreefd naar een rentevaststelling binnen de aangiftetermijn. Ook voor de erfgenamen lijkt mij een afwikkeling van het testament binnen de aangifteperiode wenselijk.

Op grond van onderdeel b van art. 1, derde lid Successiewet worden volgens de wetgever rentevergoedingen voor de erfbelasting gevolgd, indien zij zijn vastgesteld op grond van de wettelijke verdeling als bedoeld in art. 4:13 BW. De wetgever heeft met dit onderdeel het oog op de wettelijke verdeling die van toepassing is indien de erflater *geen* testament heeft opgesteld. Zodra er sprake is van een testament, is volgens de wetgever onderdeel a van het derde lid van toepassing. Dat geldt volgens de wetgever ook voor het testament waarin de wettelijke verdeling van toepassing is verklaard (althans niet buiten toepassing is verklaard) en daarbij een rente heeft bepaald.<sup>190</sup> Dit heeft tot gevolg dat in de ogen van de wetgever in een dergelijk testament tevens een tenzij-clausule moet zijn opgenomen, willen de erfgenamen onderling een andere rente overeenkomen die voor de toepassing van de erfbelasting wordt gevolgd. Het valt echter op dat de tekst van onderdeel b letterlijk is overgenomen van het oude tweede lid, art. 1 Successiewet. Om die reden komt de vraag op of het arrest dat is gewezen voor het oude tweede lid, tevens relevantie heeft voor het nieuwe derde lid, onderdeel b.

### 3 HR 25 juni 2010, BNB 2010/274

#### 3.1 Casus en feiten

Erflater heeft in zijn testament een ouderlijke boedelverdeling in de zin van art. 4:1167 BW (oud) opgenomen. Op grond hiervan zijn alle goederen en schulden toegedeeld aan de langstlevende en hebben de kinderen een vordering gekregen ter grootte van hun erfdeel. In het testament was bepaald dat de rente op deze vordering 0% bedroeg. Aan deze rentebepaling was geen zogenoemde 'tenzij-clausule' verbonden. Na het overlijden komen de erfgenamen, binnen de aangiftetermijn, in afwijking van de rente in het testament in onderling overleg overeen dat de langstlevende over de vorderingen van de kinderen een rente van 6% zal vergoeden. De rechtsvraag die de Hoge Raad moest beantwoorden was in hoeverre deze onderlinge renteafspraak was aan te merken als een schenking van de langstlevende aan de kinderen die zou moeten worden belast met schenkingsrecht, of dat de renteovereenkomst moest worden gevolgd voor de bepaling van de omvang van de vorderingen van de kinderen en daarmee voor het verschuldigde successierecht dat door de langstlevende en de kinderen werd verschuldigd. De Hoge Raad beslist conform de conclusie van A-G IJzerman, ten gunste van belanghebbenden: geen belastbaar feit voor het recht van schenking.

#### 3.2 Inhoudelijk overeenkomen met

De Hoge Raad oordeelt dat de ouderlijke boedelverdeling is aan te merken als een uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 1, vijfde lid Successiewet die inhoudelijk overeenkomt met

de wettelijke verdeling. Het feit dat de ouderlijke boedelverdeling een rentebepaling bevat - hetzij positief, hetzij negatief (onderhavig geval) - staat daaraan dus niet in de weg, evenals het ontbreken van een tenzij-clausule.

### 3.3 Renteovereenkomst als bedoeld in art. 4:13, vierde lid BW

Door de gelijkschakeling van de ouderlijke boedelverdeling met de wettelijke verdeling, is op de onderlinge renteovereenkomst art. 1, tweede lid Successiewet van toepassing. Dit houdt in dat de onderlinge renteovereenkomst wordt gevolgd voor de vaststelling van het verschuldigde successierecht, indien de renteovereenkomst kan worden aangemerkt als een overeenkomst als bedoeld in art. 4:13, vierde lid BW.

Laatstgenoemde wetsbepaling bepaalt onder meer:

*'De in lid 3 bedoelde geldsom wordt, tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald, vermeerderd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan zes (...)'*

De vraag is vervolgens op welke overeenkomsten deze bepaling het oog heeft. Gaat het uitsluitend om overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van de wettelijke rente, of vallen ook overeenkomsten die afwijken van een testamentaire rente hieronder?

De Hoge Raad maakt een einde aan de ter zake bestaande rechtsonzekerheid. De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G IJzerman en beslist dat art. 1, tweede lid Successiewet, waarin wordt aangehaakt bij art. 4:13, vierde lid BW, ziet op elke overeenkomst als bedoeld in laatstgenoemde bepaling. Volgens de Hoge Raad is dat niet alleen de tussen langstlevende en kinderen gesloten overeenkomst waarbij binnen de aangiftetermijn wordt afgeweken van de rente van rechtswege (bedoeld in art. 4:13, vierde lid BW), maar ook de overeenkomst waarbij wordt afgeweken van een 'testamenteir bepaalde rente' of van een (reeds eerder binnen de aangiftetermijn) 'overeengekomen rente'. Noch de tekst van art. 1, tweede lid Successiewet noch de in art. 4:13, vierde lid BW voorkomende woorden 'dan wel' staan aan deze ruime uitleg in de weg. Bovendien blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 1, tweede lid Successiewet uitdrukkelijk dat ook de wetgever een ruime toepassing voor ogen heeft gestaan; de enige voorwaarde voor toepassing van art. 1, tweede lid Successiewet is dat de renteovereenkomst tijdig - binnen de aangiftetermijn - wordt gesloten.

## 4 Reikwijdte van het arrest

### 4.1 Ouderlijke boedelverdeling

Het vervallen van het vijfde lid van art. 1 Successiewet heeft tot gevolg dat ouderlijke boedelverdelingen niet meer onder hetzelfde regime kunnen worden gebracht als de wettelijke verdeling. Art. 1, derde lid, onderdeel b Successiewet is op de ouderlijke boedelverdeling dan ook niet van toepassing. Als gevolg hiervan wordt een renteovereenkomst, waarbij wordt afgeweken van een testament met ouderlijke boedelverdeling, alleen dan nog gevolgd voor de erfbelasting, als die afwijking kan worden *gegrond* op een uiterste wilsbeschikking, oftewel er moet in het testament met ouderlijke boedelverdeling een tenzij-clausule zijn opgenomen. De onderlinge renteovereenkomst wordt dan gevolgd op grond van art. 1, derde lid, onderdeel a Successiewet. Het maakt niet uit of de bevoegdheid in het testament om een andere rente overeen te komen alleen aan de langstlevende of aan de erfgenamen in gezamenlijk overleg is gegeven. Het maakt tevens geen verschil op welke wijze de vordering is ontstaan, mits deze krachtens erfrecht is ontstaan. Dit betekent dat vorderingen en schulden die zijn ontstaan als gevolg van een wettelijke verdeling, een ouderlijke boedelverdeling en een legaat tegen inbreng van de waarde welke inbreng schuldig wordt gebleven, alle hetzelfde regime ten deel moeten vallen. Ik meen dat ook de quasi wettelijke verdeling hieronder valt. De staatssecretaris gaat hier echter niet expliciet op in bij de toelichting op art. 1 Successiewet. Aangezien de staatssecretaris bij de parlementaire toelichting op andere artikelen de quasi wettelijke verdeling gelijk stelt aan de wettelijke verdeling, ga ik ervan uit dat deze gelijkstelling voor art. 1 Successiewet eveneens geldt.<sup>191</sup>

Overigens geldt ook bij een afwijkende rente op grond van art. 1, derde lid, onderdeel a Successiewet dat deze binnen de aangiftetermijn moet zijn overeengekomen.

<sup>191</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 930, nr. 9, p. 40.



Een renteovereenkomst buiten de aangiftetermijn wordt op grond van art. 1, vierde lid Successiewet aangemerkt als een schenking.

De vraag is wat het gevolg is van een renteovereenkomst binnen de aangiftetermijn, maar zonder tenzij-clausule in het testament. Van Straaten merkt in zijn noot bij het arrest mijns inziens terecht op dat het vierde lid op deze situatie niet van toepassing is. Weliswaar wordt het voordeel uit deze renteovereenkomst sinds 1 januari 2010 niet meer als erfrechtelijk verkregen voordeel aangemerkt (omdat een tenzij-clausule ontbreekt), maar als de overeenkomst wel binnen de aangiftetermijn wordt gesloten, is de fictie van art. 1, vierde lid Successiewet niet van toepassing en kan het voordeel alleen met schenkbelasting worden belast, indien dit, getoetst aan de civielrechtelijke maatstaven, krachtens schenking is verkregen (art. 1, zevende lid Successiewet).

#### 4.2 Wettelijke verdeling

Indien in een testament een wettelijke verdeling is opgenomen met rentebepaling maar zonder tenzij-clausule, is art. 1, derde lid, onderdeel a Successiewet niet van toepassing. Dit betekent in beginsel dat een onderling overeengekomen rente voor de toepassing van de erfbelasting niet wordt gevolgd. De vraag is of in een dergelijk geval art. 1, derde lid, onderdeel b Successiewet nog uitkomst kan bieden.

Op grond van art. 1, derde lid, onderdeel b Successiewet volstaat immers een overeenkomst als bedoeld in art. 4:13, vierde lid BW (niet gewijzigd per 1 januari 2010), mits die overeenkomst binnen de aangiftetermijn wordt gesloten (niet gewijzigd per 1 januari 2010). De tekst van de wet is sinds 1 januari 2010 op dit punt niet gewijzigd. Dit betekent dat de uitleg die de Hoge Raad aan art. 1, tweede lid Successiewet (oud) heeft gegeven haar belang heeft behouden. Zoals we hiervoor hebben gezien, houdt deze uitleg kort gezegd in dat bij een wettelijke verdeling geen tenzij-clausule is vereist om, voor de toepassing van de erfbelasting, een andere rente overeen te komen. Bij na 1 januari 2010 openvallende nalatenschappen waarop de wettelijke verdeling van toepassing is, kan derhalve zowel de wettelijke rente als de testamentaire rente bij overeenkomst worden aangepast binnen de sfeer van de erfbelasting (art. 1, derde lid, onderdeel b Successiewet), ook als er geen tenzij-clausule is gemaakt.

Hoewel de quasi wettelijke verdeling in materieel opzicht grote gelijkenis vertoont met de wettelijke verdeling, acht ik voorgaande redenering niet van overeenkomstige toepassing op de quasi wettelijke verdeling. De reden hiervoor is dezelfde als bij de ouderlijke boedelverdeling: door het ontbreken van een schakelbepaling als voorheen was opgenomen in art. 1, vijfde lid Successiewet, is het regime van de wettelijke verdeling niet langer van toepassing op uiterste wilsbeschikkingen die inhoudelijk overeenkomen met de wettelijke verdeling. Ook voor de quasi wettelijke verdeling geldt mijns inziens dat op grond van art. 1, derde lid, onderdeel a Successiewet het testament de mogelijkheid moet bieden om een andere rente overeen te komen.

### 5 Kanttekeningen

De staatssecretaris heeft het gevolg zoals hiervoor onder 4.2 is beschreven waarschijnlijk niet voor ogen gehad. In de parlementaire toelichting bij de totstandkoming van de nieuwe Successiewet heeft hij namelijk diverse malen aangegeven<sup>192</sup> wat zijn bedoeling was bij het nieuwe derde lid van art. 1 Successiewet. Deze bedoeling komt er kort gezegd op neer dat zodra er een testament is opgesteld met renteclausule, al dan niet met een wettelijke verdeling, het testament een tenzij-clausule moet bevatten om een successierechtelijk gevolgde renteovereenkomst te sluiten. Het meest duidelijk komt deze bedoeling naar voren in de volgende passage:<sup>193</sup>

*'Wanneer de wettelijke verdeling niet geldt en erflater een testament heeft gemaakt, wordt diens nalatenschap geregeerd door dat testament. In die gevallen is de vraag of de rente gevolgen heeft voor de erfbelasting dan wel schenkbelasting afhankelijk van het antwoord op de vraag of in het testament de mogelijkheid wordt geboden aan de nabestaanden om zelf een rente over de overbedelingsschuld af te spreken. Dit kan bijvoorbeeld ook aan de orde zijn wanneer de wettelijke verdeling van toepassing is en de erflater bij testament een rente heeft bepaald, maar daarbij tevens de mogelijkheid heeft gegeven aan de nabestaanden om een andere rente af te spreken.'*

<sup>192</sup> Zie onder meer *Kamerstukken II*, 2008/2009, 31 930, nr. 10, p. 11-13 en *Kamerstukken II*, 2009/2010, 31 930, nr. 13, p. 16-17.

<sup>193</sup> *Kamerstukken II*, 2009/2010, 31 930, nr. 13, p. 16-17. Zie ook *Kamerstukken II*, 2008/2009, 31 930, nr. 10, p. 13: 'Voor zover de rentevaststelling niet in de erfbelasting wordt betrokken omdat er geen bevoegdheid toe bestaat (...), wordt deze betrokken in de schenkbelasting.'

*Indien in het testament de bevoegdheid is gegeven om een rente vast te stellen, heeft de rentevaststelling gevolgen voor de erfbelasting, mits deze binnen de aangiftetermijn heeft plaatsgevonden. Indien dit niet het geval is, wordt aangenomen dat de renteafspraak niet uit het erfrecht voortvloeit maar het resultaat is van een overeenkomst en gebaseerd is op de algemene contractsvrijheid. In dat geval heeft deze renteafspraak geen gevolgen voor de erfbelasting, maar mogelijk wel voor de schenkbelasting.'*

De vraag is echter welk belang aan deze uitspraken van de staatssecretaris moet worden gehecht. Zij geven uiteraard de gedachten en bedoeling van de staatssecretaris weer bij het tot stand komen van nieuwe wetgeving. Het punt is alleen dat de wetgeving waarop de toelichting ziet, art. 1, derde lid, onderdeel b Successiewet, geen onduidelijkheden bevat. De tekst is gelijk aan die van art. 1, tweede lid Successiewet (oud) en daarover heeft de Hoge Raad duidelijkheid geschapen in zijn arrest van 25 juni 2010, BNB 2010/274. De uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan deze bewoordingen strookt niet met de (beperkttere) uitleg van de staatssecretaris.

Een andere kanttekening bij de conclusie zoals die in onderdeel 4.2 is getrokken ten aanzien van de wettelijke verdeling, heeft te maken met de context van het nieuwe onderdeel b van art. 1, derde lid Successiewet. De tekst is weliswaar gelijklopend aan die van art. 1, tweede lid Successiewet (oud), maar toen was er sprake van een afzonderlijk lid. De huidige tekst is ondergebracht in een onderdeel b, binnen het derde lid. De aanwezigheid van onderdeel a kan er op duiden dat de wetgever heeft getracht onderscheid te maken tussen situaties dat sprake is van een testament (onderdeel a), waarin te allen tijde een tenzij-clausule moet zijn opgenomen en de situatie dat sprake is van de wettelijke verdeling, zonder testament (onderdeel b). Hier valt tegenin te brengen dat in lid 3 het woord 'of' staat vermeld tussen onderdeel a en onderdeel b. Dat impliceert dat of op grond van onderdeel a of op grond van onderdeel b een renteovereenkomst, welke binnen de aangiftetermijn is overeengekomen, voor de toepassing van de erfbelasting wordt gevolgd.

## 6 Conclusie

De nieuwe Successiewet is in beginsel duidelijk: bij testamenten die na 1 januari 2010 worden opgesteld zal de notaris te allen tijde een flexibele renteclausule opnemen. Op grond van art. 1, derde lid, onderdeel a Successiewet zal een renteovereenkomst die hierop is gebaseerd, mits binnen de aangiftetermijn overeengekomen, voor de toepassing van de erfbelasting worden gevolgd.

De conclusie lijkt echter gerechtvaardigd dat bij een testamentaire wettelijke verdeling met rentebepaling geen tenzij-clausule nodig is om onderling een andere rente overeen te komen die voor de erfbelasting wordt gevolgd. Op grond van HR 25 juni 2010, BNB 2010/274 kan alsnog onderling een andere rente worden overeengekomen, die tevens de beoogde gevolgen heeft voor de berekening van de verschuldigde erfbelasting. De wettekst is dienaangaande immers niet veranderd.

## OVER...

### Universiteit van Tilburg

De Universiteit van Tilburg (UvT) is een inspirerende universiteit: zij biedt een omgeving waar studenten, medewerkers en alumni worden uitgedaagd en geïnspireerd. Zij is authentiek, heeft de academische vrijheid hoog in het vaandel en streeft voortdurend naar vernieuwing. De UvT wil door haar uitmuntende academisch onderwijs en onderzoek op het gebied van mens- en maatschappijwetenschappen zowel nationaal als internationaal bijdragen aan de kwaliteit van de samenleving. Dit doet zij door mensen op te leiden voor verantwoordelijke posities in de samenleving en door bij te dragen aan maatschappelijk duurzame oplossingen. De UvT weet zich daarbij geïnspireerd door een rijke traditie, die ruimte biedt voor reflectie en die aandacht stimuleert voor levensbeschouwing in relatie tot wetenschap.

### BDO

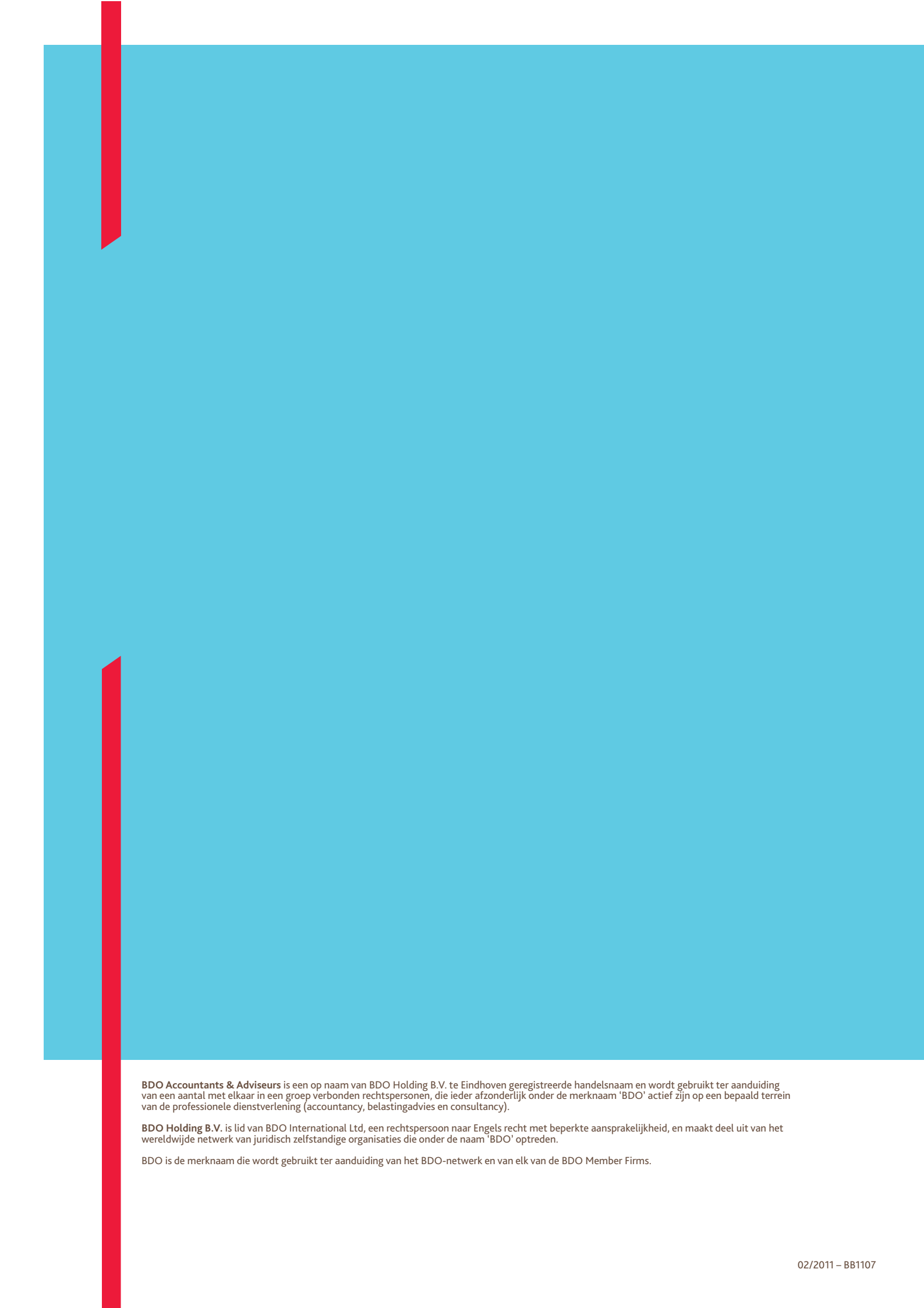
BDO Accountants & Adviseurs verleent vanuit vestigingen in heel Nederland en met ruim 2.000 professionals diensten op het gebied van accountancy, belastingadvies en consultancy. BDO adviseert ondernemingen in tal van branches en is sterk in de advisering aan het Nederlandse middenbedrijf en familiebedrijven. BDO maakt deel uit van het internationale BDO-netwerk dat bestaat uit zelfstandige en onafhankelijke organisaties, die over de hele wereld onder de merknaam BDO actief zijn op het gebied van de zakelijke dienstverlening.

### Voor Vrij Ondernemen

BDO is gespecialiseerd in het overnemen van knellende lasten bij de ondernemer, zodat die zich kan richten op het vrije ondernemerschap. Met de juiste adviezen staat BDO ondernemers terzijde, waar en wanneer zij dit willen. Dat is wat BDO bedoelt met Vrij Ondernemen.

Voor meer informatie over adressen en telefoonnummers van onze kantoren kunt u onze internetsite raadplegen: [www.bdo.nl](http://www.bdo.nl)





**BDO Accountants & Adviseurs** is een op naam van BDO Holding B.V. te Eindhoven geregistreerde handelsnaam en wordt gebruikt ter aanduiding van een aantal met elkaar in een groep verbonden rechtspersonen, die ieder afzonderlijk onder de merknaam 'BDO' actief zijn op een bepaald terrein van de professionele dienstverlening (accountancy, belastingadvies en consultancy).

**BDO Holding B.V.** is lid van BDO International Ltd, een rechtspersoon naar Engels recht met beperkte aansprakelijkheid, en maakt deel uit van het wereldwijde netwerk van juridisch zelfstandige organisaties die onder de naam 'BDO' optreden.

BDO is de merknaam die wordt gebruikt ter aanduiding van het BDO-netwerk en van elk van de BDO Member Firms.